

تأليف

أبي القاسم بن عيسى بن ناجي التنوخي القيرواني

المتوفى سنة (٨٣٩ هـ)

حققه وضبطه ورقم نصوصه وخرج أحاديثه وعلق عليه

أبو الفضل الدمياطي

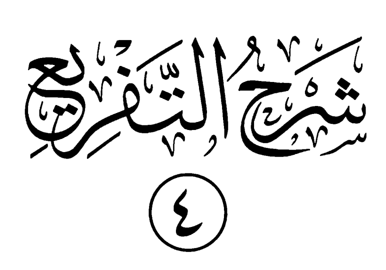
أحمد بن علي

دار ابن حزم

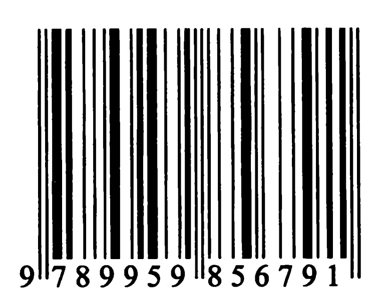


مركز التراث الثقافي المغربي

الدار البيضاء


شرح التفريع
٤

الطبعة الأولى
١٤٣٩هـ - ٢٠١٨م



ISBN 978-9959-856-79-1

مركز التراث الثقافي المغربي
الدار البيضاء - 52 شارع القسطلاني - الأحباس
هاتف: 442931 - 022/ فاكس: 442935 - 022
المملكة المغربية

دار ابن حزم

بيروت - لبنان - ص.ب : 14/6366
هاتف وفاكس : 701974 - 300227 (009611)
البريد الإلكتروني : ibnhazim@cyberia.net.lb
الموقع الإلكتروني : www.daribnhazm.com



تأليف

أبي القاسم بن عيسى بن ناجي التنوخي القيرواني

المتوفى سنة (٨٣٩ هـ)

حققه وضبطه ووثق نصوصه وخرج أحاديثه وعلق عليه

أبو الفضل الدمياطي

أحمد بن علي

الجزء الرابع

مركز التراث الثقافي المغربي
الدار البيضاء

دار ابن حزم


بسم الله الرحمن الرحيم

باب: الطلاق بالنية

فصل: في الطلاق بالنية:

ومن اعتقد الطلاق بقلبه ولم يلفظ به لسانه ففيه عن مالك روايتان:

إحداهما: أنه يلزمه الطلاق باعتقاده يكون كافرًا أو مؤمنًا باعتقاده.

والرواية الأخرى: أنه لا يكون مطلقًا إلا بلفظه.

باب: الطلاق بالنية

قوله: (**ومَن اعتقد الطلاق بقلبه ولم يلفظ به بلسانه ففيه عن مالك روايتان:**

إحداهما: أنه يلزمه الطلاق باعتقاده كما يكون كافرًا أو مؤمنًا باعتقاده، والرواية الأخرى: أنه لا يكون مطلقًا إلا بلفظه).

الرواية الأولى هي قول مالك في «العتبية»(١).

قال ابن رشد في «**بيانه**»(٢) و«مقدماته»(٣): وهو الصحيح.

وقال ابن راشد(٤): هو الأشهر.

والرواية الثانية هي قوله في «الموازية»، وهو اختيار ابن عبد الحكم، وهو الذي ينصره أهل الخلاف من المذهب.

وقال ابن القصار: هو قول جميع الفقهاء.

وقال ابن عبد السلام: هو الأظهر.

وقال القرافي(٥): هو المشهور.

والخلاف إنما هو إذا أنشأ الطلاق بقلبه بكلامه النفساني، وأما مَن عزم على طلاق امرأته ثم بدا له فلا يلزمه إجماعًا، وكذلك مَن اعتقد أنها مطلقة، ثم تبين له أنها غير

---

(١) انظر: «البيان» (٥/ ٢٤٤).

(٢) «البيان» (٥/ ٢٤٤، ٢٤٥).

(٣) «المقدمات» (١/ ٤٩٨).

(٤) «لباب اللباب» (ص/ ١٢٨).

(٥) «الذخيرة» (٤/ ٥٨).

فصل: في مدلول الألفاظ التي ليست بصريح الطلاق ولا كنايته:

ولو قال لامرأته: اذهبي، أو اخرجي، أو ما شابه ذلك من الألفاظ التي ليست صريحة ولا كناية وأراد بذلك الطلاق، فعنه في ذلك **روايتان:**

إحداهما: أنه طلاق.

والأخرى. أنه ليس بطلاق.

مطلقة، لم يلزمه الطلاق إجماعًا.

وما ذكر في الرواية الأولى من الاحتجاج رده ابن الكاتب بأن الردة والإيمان من أعمال القلوب، والطلاق لفظي لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ﴾، فلا يكون إلا للنطق.

قلت: على أن ما ذكر من الإيمان بالقلب خلاف قول ابن العربي: الصحيح أن مَن مات قبل نطقه مات كافرًا، ولا يصح غسله.

وقال ابن رشد: إسلامه بالقلب إسلام حقيقي.

ولذلك قال فيها[1]: ولو أجمع على الإسلام بقلبه فاغتسل له أجزأه وإن لم ينو الجنابة؛ لأنه نوى الطهر.

قوله: (**ولو قال لامرأته اذهبي أو اخرجي أو ما أشبه ذلك من الألفاظ التي ليست بصريح ولا كناية، وأراد بذلك الطلاق فعنه في ذلك كله روايتان:**

إحداهما: أنه طلاق.

والأخرى: أنه ليس بطلاق).

لا خصوصية لقول الشيخ: «**أو ما أشبه ذلك من الألفاظ**»، بل وكذلك لو قال لها: كُلي أو اشربي، ونوى به الطلاق، فإن فيه روايتين أيضًا، والمشهور منهما: ثبوت الطلاق، وبالرواية الثانية قال مطرف.

وأقيم من قول ابن الماجشون مثله في «كتاب الظهار» منها.

وقال أشهب: لا يلزمه طلاق إلا أن يريد أنها طالق إذا [فرغ][2] من لفظه لا

---

(١) «المدونة» (٣/ ١٤٠).

(٢) في ب: فرع.

ولو قال لامرأته: أنت حرة وأراد بذلك الطلاق كان طلاقًا، ولو قال لأمته: أنت طالق، وأراد بذلك العتاق كان عتاقًا.

بنفس لفظه، ولا وجه له.

قال ابن يونس[(١)]: ووجه الثاني: الاتفاق على أنه لو ضربها أو مسها بيده، وقال: أردت به الطلاق، أنه لا يكون طلاقًا؛ لأنه ليس من صريح الطلاق ولا من كنايته.

قلت: قال بعض شيوخنا[(٢)]: وما ذكره من الاتفاق فيه نظر [لوجود][(٣)] الخلاف في مجرد بيعه لزوجته، والشائع عن أهل العمود[(٤)] في أرضنا أن جل طلاقهم [لمجرد][(٥)] فعل الزوج حفر شيء من الأرض ودفن المرأة [إياه][(٦)].

واختلف المتأخرون هل هذا [الخلاف][(٧)] في هذه المسألة يجري على الخلاف في الطلاق بالنية أم لا؟ لأن [هذا][(٨)] لفظ زائد على النية، وكلاهما حكاه ابن بشير[(٩)].

واستدل بعض كبار القرويين للمشهور بأَنَّا نحكم على الزنديق بكفره مع كونه يقول بلسانه: لا إله إلا الله محمد رسول الله، وذلك لأن نيته الكفر، فكذا في مسألتنا يلزمه الطلاق؛ لأنه نوى به الطلاق.

قوله: (ولو قال لأمته: أنت طالق، وأراد بذلك العتاق كان عتاقًا).

ظاهره: إن لم ينو الطلاق أو العتاق فلا شيء عليه، وعليه حمل بعض شيوخنا قول

---

(١) «الجامع» (٤/ ٦٥٣).

(٢) «مختصر ابن عرفة» (٦/ ١٤١).

(٣) في ب: كوجود.

(٤) أهل العمود: أهل الإبل، ويقال لهم أيضًا: أهل البادية.

(٥) في ب: بمجرد.

(٦) في ب: إياها.

(٧) سقط من ب.

(٨) في ب: هنا.

(٩) «التنبيه» (٢/ ٦٨ أ).

....

❋ ❋ ❋

«الواضحة»: مَن قال لامرأته:أنت حرة، أو قال لأمته: أنت طالق غلط فلا شيء عليه حتى ينوي أنها بذلك اللفظ طالق وحرة.

فمفهوم قوله: «**غلط**» معارض لمفهوم قوله: «**حتى ينوي**»، والمعتبر الثاني.

وقال ابن الماجشون: إن قال لامرأته: أنت مني حرة، ولأمته: أنت مني طالق أو طالق لوجه الله، فامرأته طالق وأمته حرة، ولا يُسأل عن نيته.

❋ ❋ ❋

باب: طلاق المشرك

فصل: في طلاق المشرك:

وإذا طلق المشرك امرأته ثم أسلم وهي عنده ثبت على نكاحها ولم يلزمه طلاقها، وكذلك لو أعتق عبده، ثم أسلم وهو عنده لم يلزمه عتقه............

باب: طلاق المشرك

قوله: (وإذا طلق المشرك امرأته ثم أسلم وهي عنده ثبت على نكاحها ولم يلزمه طلاقها، ولذلك لو أعتق عبده ثم أسلم وهو عنده، لم يلزمه عتقه).

ما ذكره هو المشهور.

وقال المغيرة: يلزمه طلاقه بناءً على أنه مخاطبه عنده، حكاه اللخمي، وحكى عبد الحميد الصائغ مثله عن عليّ بن زياد.

واختلف إذا زنى الكافر هل يُحد أم لا؟

والمشهور: أنه لا يُحد.

وقال المغيرة: إنه يُحد حَدّ البكر، بكرًا كان أو ثيبًا.

ويتبادر للذهن أن المغيرة ناقض أصله المتقدم واللازم على قوله في الأول بأنه مخاطب أن يجعله كالمسلم كما جنح إليه ابن عبد البر، وأوردت هذا في درس شيخنا أبي مهدي ـ رحمه الله تعالى ـ وأجابني باحتمال موافقته على أن من شرط الإحصان الإسلام، ثم [وقفت][1] عليه لبعض شيوخنا.

وظاهر كلام الشيخ: لو أبانها بطلاقه ثم أسلم، فإنه لا يكون له حكم عليها وليس كذلك؛ لأن طلاقه كالعدم.

[وكذلك][2] قال ابن شاس[3]: لو طلقها ثلاثًا وأبانها عن نفسه ثم أسلم، فإنه يجوز له نكاحها دون محلل.

---

(١) في أ: وقعت .

(٢) في ب: ولذلك .

(٣) «عقد الجواهر» (٢/ ٤٤٥).

ولو حلف بالطلاق أو العتاق أو غير ذلك من الأيمان ثم أسلم، ففعل شيئًا مما حلف عليه بعد إسلامه لم يحنث في شيء منه.

ولو أسلمت امرأته قبله فطلقها، ثم أسلم في عدتها ثبت على نكاحها، ولم يلزمه طلاقها وبقيا على نكاحهما، ولم يجدد صداقها.

❋ ❋ ❋

قوله: (ولو حلف بالطلاق أو العتاق أو غير ذلك من الأيمان، ثم أسلم ففعل شيئًا مما حلف عليه بعد إسلامه لم يحنث في شيء منه، ولو أسلمت امرأته قبله فطلقها ، ثم أسلم في عدتها، ثبت على نكاحها ولم يلزمه طلاقها).

يريد: إذا كانت يمينه في حال كفره بتعليق ثم حنث بعد إسلامه، وهو جار على المشهور.

❋ ❋ ❋

باب: الطلاق بعدم النفقة

فصل: في الإعسار بالصداق قبل الدخول:

ومن نكح امرأة بصداق، ثم أراد الدخول قبل أن ينقدها صداقها فليس له ذلك إلاَّ برضاها.

ولها أن تمنعه نفسها حتى يعطيها صداقها، فإن كان له مال معلوم أخذ منه ودفع إليها.

باب: الفراق بعدم النفقة أو الصداق

قوله: (ومَن نكح امرأة بصداق ثم أراد الدخول بها قبل أن [ينقدها][1] صداقها، فليس له ذلك إلا برضاها، ولها أن تمنعه من نفسها حتى يعطيها صداقها، فإن كان له مال معلوم أخذ منه ودفع إليها).

يريد: إذا كانت رشيدة، وأما البكر فالقبض إلى أبيها، وكذلك القبض إلى الوصي إن كان.

وظاهر كلام الشيخ: أن [لها][2] الدخول بغير قبض البتة، وهو كذلك في أحد قولي مالك.

وقال في «كتاب محمد»: لا يدخل حتى يقدم ربع دينار؛ لأنه يخاف أن يصيبها ثم تتصدق عليه بصداقها، وكلاهما نقله اللخمي.

والمراد في القول الثاني على طريق الكراهة لتصريح ابن يونس بذلك.

وعليه ففي جواز دخوله بالهدية وكراهته قولان لمالك وابن القاسم.

وفي دخوله بالجهل قولان أيضًا.

ولو غصبها نفسها فوطئها قبل قبضها مهرها أُدِّبَ ومُنع من وطئها حتى يعطيها مهرها، رواه الدمياطي عن ابن القاسم.

وفيها مثل ما ذكر الشيخ وهو قولها[3]: «وللمرأة منع نفسها حتى تقبض صداقها».

---

(١) في ب: ينفد .

(٢) في ب: لها

(٣) «التهذيب» (٢/ ٢١١).

وإن أعسر بصداقها، أمر بفراقها، فإن امتنع من ذلك فرق الحاكم بينهما، واتبعته بنصف الصداق دينًا في ذمته، فإن أيسر أخذته منه.

فصل: في الإعسار بالصداق بعد الدخول:

وإذا دخل بها ثم أعسر بصداقها، لم يفرق بينهما ولم يكن لها أن تمنعه نفسها،

فأخذ منها عبد الحميد الصائغ: إذا اختلف البائع والمشتري في المبدأ بدفع الثمن أو السلعة أنه يبدأ المشتري.

وَرَدَّه بعض شيوخنا(١): بأن تسليم البضع ملزوم لتفويته مع خشية طروء تعذر تسليم عوضه.

قوله: (وإن أعسر بصداقها أُمر بفراقها، فإن امتنع من ذلك فرق الحاكم بينهما وأتبعته بنصف الصداق دَينًا في ذمته، فإن أيسر أخذته منه).

ما ذكر من أن الموقع للطلاق الزوج، فإن أبى فالحاكم، مثله لابن فتحون، واختاره شيخنا أبو مهدي - رحمه الله تعالى- وهو أحد الأقوال الثلاثة:

وقيل: لا يوقعه إلا الزوج، قاله أبو القاسم بن [سراج](٢).

وقيل: الزوجة، قاله ابن عتاب، واستحسنه ابن مالك.

وما ذكر الشيخ من أنها تتبعه بنصف الصداق هو قول ابن القاسم وابن وهب وأصبغ، وبه الفتوى.

وقال ابن نافع: لا صداق لها؛ لأن الفرقة من قبلها، وكذلك مَن جُنَّ قبل البناء.

قوله: (وإذا بنى بها ثم أعسر بصداقها لم يُفرق بينه وبينها، ولم يكن لها أن تمنعه نفسها).

يعني: إذا أجرى النفقة عليها كما صَرَّحَ به فيها(٣)، وظاهرها: وإن غَرَّهَا، وهو كذلك.

وقال اللخمي: أرى إن غرها فتزوجها بعبد لا شبهة له فيه، ولا يد له عليه، وبنى أن

(١) «مختصر ابن عرفة» (٨/ ٤٦٨).

(٢) في ب: براح.

(٣) «التهذيب» (٢/ ١٦٩).

ويضرب للمعسر بالصداق أجل على قدر حاله وما يرجى له من ماله من تجارة أو صنعة، وأجله في ذلك غير محصور ولا محدود، وهو إلى اجتهاد الحاكم موكول.

فصل: في الإعسار بالنفقة:

وإذا نكحها ثم أعسر بنفقتها أمر بفراقها، فإن امتنع من ذلك، فرق الحاكم بينهما بتطليقة واحدة رجعية ....

لها منع نفسها حتى تأخذ قيمته، وإن كان عديماً فُرق بينهما، ولا يؤخذ الحق بالباطل.

قوله: (ويُضرب للمعسر بالصداق أجل على قدر حاله، وما يُرجى له من ماله من تجارة أو صنعة، وأجله في ذلك غير محصور ولا محدود، وهو إلى اجتهاد الحاكم موكول، وإن نكحها ثم أعسر بنفقتها أُمر بفراقها، فإن امتنع من ذلك فرق الحاكم بينهما بتطليقة رجعية).

ما ذكر نحوه قولها(١): تلوم له الأيام وضرب له الآجال، ويختلف التلوم فيمن يُرجى [له] (٢)ومَن لا يرجى له.

وظاهرها: أن التلوم لابد منه إلا أن مَن يرجى له يطول له في الأجل، ولا يطول لمن لا يرجى [له](٣)، وهو حمل الأكثر عليها.

وحملها بعضهم على أن مَن لا يرجى له فإنه لا يؤجل شيئًا، وهو ضعيف.

وقال في «كتاب محمد»: يؤجل ثلاث سنين ونحوها.

واختار اللخمي: إن قامت قرب العقد أُجل سنتين، وإن قامت بعد مضي السنتين والثلاثة، فزيادة السنة وما قاربها حسن.

[و](٤) **قال المتيطي وابن فتحون:** يؤجل أولًا ستة أشهر، ثم أربعة أشهر، ثم

---

(١) «التهذيب» (٢/ ٢١١).

(٢) سقط من أ.

(٣) سقط من ب.

(٤) في ب: وما.

وله الرجعة إن أيسر في العدة، وسواء أعسر قبل الدخول أو بعده إلاّ أن يكون في الابتداء فقيرًا لا شيء له، وقد علمت المرأة بحاله ورضيت به، فلا يكون لها فراقه، وأجله في عسره فيه **روايتان:**

إحداهما: أنه شهر.

والآخرى: ثلاثة أيام.

شهرين، ثم يتلوم له بثلاثين يومًا، فإن أتى شيء وإلا عجزه.

قلت: قال شيخنا أبو مهدي -رحمه الله تعالى-: وعلى هذا العمل اليوم.

وكلام الشيخ مخصوص بوجهين:

أحدهما: ما لم يَدَّعِ العدم في الصداق، فإن ادعاه فإنه كدَين يؤجل لإثبات عدمه إحدى وعشرين يومًا، لنص فقهاء قرطبة وغيرهم بذلك.

الثاني: من شرط ضرب الآجال المذكورة إذا أجرى النفقة عليها كما تقدم.

قوله: (**وله الرجعة إن أيسر في العدة، وسواء أعسر قبل الدخول أو بعده، إلا أن يكون في الابتداء فقيرًا لا شيء له، وقد علمت المرأة بحاله ورضيت به فلا يكون لها فراقه**).

ما ذكر من قوله: «سواء أعسر قبل الدخول أو بعده» [يتعلق][1] بقوله: «فرق الحاكم بينهما»، لا لقوله: «وله الرجعة»، وقد سبق ما يتعلق بذلك.

وما ذكر الشيخ: إذا علمت فقره أنه لا يكون لها فراق، هو معنى رواية ابن حبيب.

وقال ابن عبد الحكم: عليه النفقة علمت فقره أم لا.

وقيل: إن كان من السُّؤال فلا كلام لها إذا علمت ذلك.

والثلاثة حكاها ابن زرقون، وقيد القابسي الثالث بها إذا لم يترك.

قوله: (**وأجله في عسره فيه روايتان:**

إحداهما: أنه شهر.

والأخرى: أنه ثلاثة أيام).

---

(١) في أ: يعتل.

فصل: في الصداق المؤجل عند الطلاق:

ومن طلق امرأته ولها عليه صداق مؤجل، لم يحل صداقها عليه بفراقها، ولزمه تركه حتى يحل أجله، وكذلك إن كان معجلاً ومؤجلاً لزمه المعجل وأخر

وقيل: الشهران.

وقيل: اليوم.

وقيل: ونحوه إلى غير ذلك من الأقوال.

والحق ما قاله أبو عمر بن عبد البر(١): إن [التوقيت](٢) في ذلك خطأ، وإنما الاجتهاد في ذلك بقدر طاقة المرأة وصبرها، ولا صبر على الجوع.

وسمع أبو زيد ابن القاسم فيمن [جئ به ليطلق عليه بعدم النفقة](٣)**، فقالت امرأته:** لا تطلقوني عسى الله أن يرزقه، فمكثت أيامًا ثم طلبت طلاقه: ليس لها ذلك، ويتلوم له ثانية(٤).

ابن رشد(٥): وقال في [أوَّل](٦) السماع في امرأتي المعترض والمولى: إن [أنظرتاه](٧) بعد الأجل إلى أجل آخر لهما أن يطلقها عند الأجل الذي [أنظرتاه](٨) إليه، ولا يستأنف لهما ضرب أجل، والفرق إن أجل هذين سنة لا مدخل للاجتهاد لها، والتلوم في النفقة إنما هو اجتهاد، فإذا رضيت بعده بالمقام بطل.

قول:(ومَن طلق امرأته ولها عليه صداق مؤجل لم يحل صداقها عليه [بفراقها](٩)**، ولزمها تركه حتى يحل أجله، وإن كان معجلًا أو مؤجلًا لزمه المعجل وأخر**

---

(١) «الاستذكار» (٦/ ٢٠٩).

(٢) في ب: التوقيف.

(٣) في ب: حر له بعسر النفقة.

(٤) انظر: «النوادر» (٥/ ١٦٢).

(٥) «البيان» (٥/ ٤٦٩-٤٧٠).

(٦) سقط من أ.

(٧،٨) في ب: انتظرتاهما، والمثبت من «أ» و«البيان».

(٩) في ب: بفراقه.

المؤجل إلى أجله.

❁ ❁ ❁

المؤجل إلى أجله، فإن كانت غير مدخول بها لزمه النصف على ما ذكره في الأجل).

ما ذكره بينٌ.

❁ ❁ ❁

باب: في الطلاق الرجعي ووجوب الميراث معه

فصل: في الطلاق الذي يجب فيه الميراث:

ومن طلق امرأته طلاقًا رجعيًّا فإنهما يتوارثون إذا مات أحدهما ما دامت في العدة، فإذا انقضت العدة وقعت البينونة وسقطت الموارثة،وإن طلقها طلاقًا بائنًا أو طلاق خلع لم يتوارثا في العدة ولا بعدها، إلاّ أن يكون مرض مرضًا مخوفًا، فترثه امرأته إن مات من مرضه في العدة وبعد ....

باب: الطلاق الرجعي ووجوب الميراث معه

قوله: (**ومَن طلق امرأته طلاقًا رجعيًّا فإنهما يتوارثان إذا مات أحدهما ما دامت في العدة، فإن انقضت العدة وقعت البينونة وسقطت الموارثة**).

لا خصوصية للتوارث، بل أحكام الزوجية بينهما باقية، فلها النفقة والكسوة والسكنى ما دامت في العدة وإن كانت غير حامل، كما صَرَّحَ بذلك فيها[1] في «كتاب العدة وطلاق السنة».

قال ابن المنذر[2]: وأجمع عليه مَن أحفظ عنه من علماء الأمصار.

وبحكم هذه المسألة استدل ابن بشير[3] للقول الشاذ: فإن المطلق الطلاق الرجعي له وطء زوجته في العدة.

ورده بعض شيوخنا[4]: بأنه لا يلزم من ثبوت أحكام الزوجية بينها وبين مطلقها جواز وطئها بدليل المحرمة والحائض والمعتكفة.

قوله: (**وإن طلقها طلاقًا بائنًا ثلاثًا أو طلاق خلع لم يتوارثا في العدة ولا بعدها، إلا أن يكون مريضًا مرضًا [مخوفًا]**[5]**، فترثه امرأته إن مات من مرضه في العدة [وبعد**

---

(١) «التهذيب» (٢/ ٤٣٨).

(٢) «الإشراف» (٥/ ٣٤٤).

(٣) «التنبيه» (٢/ ٥٨ ب).

(٤) «مختصر ابن عرفة» (٦/ ٣٠٠).

(٥) في ب: خفيفًا.

العدة، ولا يرثها إن ماتت قبله.

وإذا طلق المريض امرأته طلاقًا رجعيًّا، ثم مات ورثته في العدة وبعدها، فإن صح من مرضه الذي طلق فيه، ثم مرض ثانيًا فمات منه بعد انقضاء العدة لم ترثه.

العدة، ولا يرثها هو إن ماتت قبله])(١).

إنما وَرَّثَته أخذًا له بنقيض مقصوده.

ابن يونس(٢): وقضى به عثمان بمحضر المهاجرين والأنصار، وقاله عمر وعليٌّ.

قلت: وقال ابن عبد البر(٣): وقاله عمر وعائشة، ولا أعلم لهما مخالفًا من الصحابة إلا عبد الله بن الزبير، وجمهور علماء المسلمين على ما رُوي عن الصحابة، وقالت طائفة منهم بقول ابن الزبير.

قال ابن عبد السلام: وهو القياس؛ لأن الزوجية نسبة لا تعقل إلا بين اثنين، فلو صحت من جانب المرأة لصحت من جانب الرجل، فوجب إذا ورثته أن يرثها، وأجمعوا على أنه لا يرثها فوجب ألا ترثه، إلى غير ذلك من اللوازم المنتفية.

قوله: (**وإذا طلق المريض امرأته طلاقًا رجعيًّا ثم مات ورثته في العدة وبعدها، فإن صح من مرضه الذي طلق فيه ثم مرض مرضًا ثانيًا فمات منه بعد انقضاء العدة لم ترثه**).

ما ذكر مثله فيها(٤) في «كتاب الأيمان [بالطلاق»].

وَوَجْهُه: أنه لما صح بعد طلاقه كشف الغيب أن طلاقه كان في الصحة.

ومثل ما ذكر](٥) **هنا قوله في نكاح المريض**: إذا صح صحَّ النكاح.

---

(١) في ب: وبعدها، ولا يرثها هو إن مات من مرضه في العدة وبعدها ولا يرثها هو إن ماتت قبله.

(٢) «الجامع» (٤/ ٥٦٩).

(٣) «التمهيد» (١٩/ ١٥٢).

(٤) «التهذيب» (٢/ ٣٦٢).

(٥) سقط من ب .

فصل: فيمن راجع مطلقة دون علمها:

ومن طلق امراته طلاقًا يملك فيه الرجعة، فلما انقضت عدتها ادعى أنه قد راجعها في العدة، لم يقبل قوله في ذلك إلا ببينة، وإن أقام بينة أنه قد راجعها في العدة ولم تعلم المرأة كانت زوجة له.

وأما على القول الذي رجع عنه مالك أنه لابد من فسخه لوقوعه فاسدًا، فيجري [هنا أنها ترثه](1)، وإن صَحَّ صَحَّت [منه](2).

قوله: (ومَن طلق امرأته طلاقًا يملك فيه الرجعة، فلما انقضت عدتها ادعى أنه قد كان راجعها في العدة، لم يُقبل قوله في ذلك إلا ببينة، فإن أقام بينة أنه ارتجعها في العدة ولم تعلم المرأة بذلك كانت زوجةً له).

في كلامه بترٌ لزيادتها: أو يُعلم أنه كان يدخل عليها في العدة ويبيت عندها.

وظاهرها: أنه لا يكفي التصرف وحده ولا المبيت وحده، وهو خلاف قول ابن بشير(3): «فإن قامت أمارة تدل على قوله من إقراره بذلك قبل انقضاء العدة أو تصرفه إليها أو مبيته عنها قُبل قوله وإلا لم يُقبل»، وتبعه ابن الحاجب(4).

وَنَبَّهَ ابن عبد السلام على أن ما ذكره خلاف قولها، وهو يوهم أنه انفرد به، وليس كذلك لما ذكرناه على أنه لم يبعد أن يكون الواو من قولها(5): «ويبيت معها» بمعنى «أو» فيكون قول ابن بشير وفاقًا، وإليه أشار عياض(6) بقوله: وتأمل ظاهر قوله: «يبيت» ويدخل.

ابن عبد السلام وغيره: وينبغي ألا يعتبر التصرف والمبيت ولواحقهما إلا على القول الذي رجع إليه مالك: إنه ممنوع من الدخول عليها والنظر إليها، وأما على قوله

(١) في ب: بها هنا ترثه.

(٢) في أ: نيته.

(٣) «التنبيه» (٢/ ٥٩أ).

(٤) «جامع الأمهات» (ص/ ٣١٨).

(٥) «التهذيب» (٢/ ٣٧٦).

(٦) «التنبيهات» (٢/ ٧٠٤).

فإن كانت قد تزوجت ولم يدخل بها زوجها، ثم أقام الزوج الأول البينة على رجعتها ففيها روايتان:

إحداهما: أن الأول أحق بها.

والثانية: أن الثاني أحق بها.

فإن كان الثاني قد دخل بها، فلا سبيل للأول إليها.

المرجوع عنه: إنه غير ممنوع من هذا، فلا دلالة فيه على الارتجاع، إذ لا اختصاص لذلك المجموع بالرجعة.

قلت: ورده بعض شيوخنا[1]: بأن بعض المجموع الدال على صدقه وهو مبيته معها وهو أخص من الدخول عليها والأكل معها، ولا يلزم من عدم دلالة الأعم على شيء دلالة الأخص منه عليه.

قوله: (فإن كانت قد تزوجت ولم يدخل بها زوجها، ثم أقام زوجها الأول البينة على رجعتها ففيها روايتان:

إحداهما: أن الأول أحق بها.

والرواية الأخرى: أن الثاني أحق بها، وإن كان الثاني قد دخل بها فلا سبيل للأول إليها).

وفي المسألة رواية ثالثة: وهو أن الثاني أحق بها وإن لم يدخل.

قال فيها في هذه المسألة وفي امرأة المفقود:

وأول قول مالك فيها[2]: إن عقد نكاح الثاني دون البناء يفيتها عن الأول، وأخذ به المغيرة وغيره.

وأخذ ابن القاسم وأشهب فيها بقول مالك[3] **الآخر**: إن الأول أحق بها ما لم يدخل بها الثاني.

---

(١) «مختصر ابن عرفة» (٦/ ٢٩٢).

(٢) «التهذيب» (٢/ ٤٢٩).

(٣) «التهذيب» (٢/ ٤٢٩).

....

قال المتيطي: وهو المشهور.

ورواية رابعة في «الموازية»: إن كان مرتجعها حاضرًا وكتم رجعتها حتى بنت مضت للثاني، والحاضر أعظم ظلمًا.

ولهاتين المسألتين نظيرة وهي: قولهم في «النكاح الأول»: إذا أذنت لوليين فعقدا على شخصين فدخل الثاني فهي له، وبذلك حكم عمر.

وخارجها قول: بأنه أحق وإن دخل الثاني، وكذلك الأمة يطلقها زوجها في سفر فتعتد، ثم يطأها السيد ويثبت الزوج أنه ارتجع في العدة تُرد إليه، وعكس ذلك المنعى لها زوجها والمطلقة بعسر النفقة يثبت زوجها أنه كان ينفق عليها.

ومسألة ابن المواز فيمن له زوجة تسمى عائشة فقال: عائشة طالق، ثم قال: لي أخرى تسمى عائشة، فتطلق الحاضرة، ثم ثبت أن له أخرى كما قال.

والنصرانية تُسْلِم ثم تتزوج فيثبت زوجها أنه أَسْلَم في عدتها.

فهي في هذه النظائر تُرد إلى الأول، وإن دخل بها الثاني على خلاف فيه.

❁ ❁ ❁

باب: في طلاق الخلع

فصل: في طلاق الخلع:

والخلع طلاق وليس بفسخ، وهو طلقة بائنة إلاّ أن يسمى، وينوي أكثر من ذلك فيلزمه من ذلك ما سماه ونواه.

باب: في طلاق الخلع

قوله: (قال: والخلع طلاق وليس بفسخ، وهو تطليقة بائنة إلا أن يسمي أو ينوي أكثر من ذلك فيلزمه ما سماه أو نواه).

ما ذكر الشيخ مع ما سبق من قوله: «والخلع طلقة بائنة» لوجهين:

أحدهما: ما تقع عليه من قوله: «وليس بفسخ إلا أن يسمي أو ينوي أكثر».

الثاني: يركب عليه ما بعده، وما ذكره هو مذهبنا.

وذهب الشافعي في أحد قوليه: إلى أنه فسخ، وهو قول ابن عباس وأحمد بن حنبل وغيرهما.

وَخَرَّجَ شيخنا - حفظه الله تعالى- مثله في المذهب، وغاب عني الموضع الذي خرَّجه منه.

وقال أبو ثور: إن قال: طلقتك على كذا، فهي طلقة رجعية، وإن قال: خالعتك على كذا، كان فسخًا.

وسمعت شيخنا أبا مهدي ـ رحمه الله تعالى ـ يذكر أن رجلًا فقيهًا كان بفاس يحفظ البخاري فسُمي البخاري لذلك، فطلق زوجته ثلاثًا في كلمات ثلاث بخلع وردها قبل زوج فأنكر عليه، فقال: إني قد أخذت بمذهب المخالف أنه فسخ.

فقيل له: إن الخلاف إنما هو فيما إذا طلق ولم يذكر لفظ الخلع، وفي مسألتك ذكرتَ الخلع.

فقال: بل الخلاف فيهما.

قال شيخنا المذكور: والأمر كما قال: الخلاف في الجميع.

وسواء قال لامرأته: قد طلقتك على كذا وكذا من المال، أو قال لها: قد خالعتك، فإنه يلزمه في ذلك تطليقة واحدة بائنة، وإذا خالعها، ثم طلقها بعد الخلع طلاقًا آخر في عدتها لم يلزمه ذلك وقد بانت بالطلقة الأولى، وهو خاطب من الخطاب، يتزوجها بنكاح جديد إن شاء وشاءت في العدة وبعدها قبل زوج أو بعده، ولو طلقها ثلاثًا، طلاقًا نسقًا متتابعًا لزمه ذلك كله.

فصل: فيما يجوز المخالعة عليه:

ولا بأس أن يخالعها على صداقها كله أو بعضه أو على أكثر منه، ....

قوله: (**وسواء قال لامرأته: قد طلقتك على كذا وكذا من المال، وقال لها: قد خالعتك، فإنه يلزمه في ذلك تطليقة واحدة بائنة**).

ما ذكره هو قولها[١]، والخلع طلقة بائنة سَمّاها أو لم يُسَمِّ طلاقًا.

قوله: (**وإذا خالعها ثم طلقها بعد الخلع طلاقًا آخر في عدتها لم يلزمه ذلك، وقد بانت منه بالطلقة الأولى وهو خاطب من خطابها يتزوجها [بنكاح جديد إن شاءت وشاء][٢] في العدة وبعدها، قبل زوج وبعده**).

قد تقدم تخصيصه بالحامل المثقل فإنه لا يرتجعها؛ لأنها مريضة.

قوله: (**ولو طلقها ثلاثًا طلاقًا نسقًا متتابعًا لزمه ذلك كله، ولا بأس أن يخالعها على صداقها كله أو بعضه أو أكثر منه**).

يعني إذا قال لها: أنت طالق، أنت طالق نسقًا من غير صمات.

وما ذكر هو قولها[٣] في «كتاب إرخاء الستور».

وقال إسماعيل القاضي: لا يلزمه إلا اللفظ الأول، ذكره في هذه، وفيمن قال للتي لم يدخل بها، كذلك نقله اللخمي.

وقال ابن عبد السلام: الخلاف فيمن أتبع الخلع طلاقًا ليس بمنصوص عليه.

---

(١) «التهذيب» (٢/ ٣٨٤).

(٢) في ب: نكاحًا جديدًا .

(٣) «التهذيب» (٢/ ٣٨٦).

ولا بأس بالخلع على المعلوم والمجهول، والموجود، والمعدوم، وعلى الغرر كله مثل العبد الآبق، والبعير الشارد، والتمرة التي لم يبد صلاحها، وإذا خالعها على شيء من الغرر كان له إن سلم وإن لم يسلم فلا شيء له عليها.

يريد: إنما لإسماعيل النَّص في مسألة غير المدخول بها.

ويجري قوله في الخلع، ذكره معترضًا على ابن الحاجب[(١)] في إطلاقه الخلاف في ذلك،وليس كذلك لما قلناه.

قوله: (**ولا بأس بالخلع على المعلوم والمجهول، والمعدوم والموجود، وعلى الغرر كله مثل العبد الآبق والبعير الشارد، والثمرة التي لم يبد صلاحها، وإذا خالعها على شيء من الغرر كان ذلك له إن سلم، أو لم يسلم فلا شيء له عليها**).

اختلف في الخلع بالغرر على خمسة أقوال:

فقيل: إنه جائز، قاله مالك ثم رجع إلى الكراهة، وبه قال أصبغ.

وقيل: إنه لا يجوز، قاله ابن القاسم.

وقيل: يجوز في الغرر الذي يقدر على إزالته، وعدمه في الذي لا يقدر على إزالته، حكاه ابن عبد السلام.

ومثال الأول: كما إذا خالعها إلى أجل مجهول فإنه يكون حَالًا.

ومثال الثاني: كما إذا خالعها على عبد آبق، والمنقول عكسه، وهو الجواز فيما لا يقدر على إزالته.

والمنع فيما يقدر على إزالته.

وأخذ من هذا قولها[(٢)]: إذا خالعها على أن [تنفق على][(٣)] ولده أكثر من حولين، فإنه لا يجوز.

فإذا عرفت هذا فقول الشيخ:«ولا بأس» أراد به صريح الإباحة لذكره المعلوم

---

(١) «جامع الأمهات» (ص/ ٢٨٨).

(٢) «المدونة» (٢/ ٢٤٩).

(٣) في أ و ب : تصحن، والمثبت من «المدونة» .

فصل: ما لا يجوز المخالعة عليه:

ولو خالعها على عبد فاستحق العبد من يده رجع عليها بقيمته ولو خالعها على عبد فخرج حرًّا رجع عليها بقيمته لو كان عبدًا، قاله ابن القاسم.

وقال غيره: لا يرجع عليها بشيء، ولو خالعها على عبد آبق على أن يعطيها مالاً من عنده لم يجزئ ذلك، فإن وقع ردت عليه المال الذي أخذته منه وكان لها في العبد بقدر المال الذي ردته وكان للزوج باقيه ولو هلك العبد ولم يُسَلِّم كان تلفه منها، وردت عليه ما أخذته منه.

والموجود معه.

قوله: (ولو خالعها على عبد فاستحق من يده رجع عليها بقيمته).

ما ذكره مثله فيها[1].

وقال ابن عبد الحكم: يرجع بخلع [المثل][2]، [وظاهره][3]: ولو غرَّها، وهو كذلك عند اللخمي.

وقال عبد الملك: لا يلزمه طلاق.

قوله: (ولو خالعها على عبد فخرج حرًّا رجع عليه بقيمته، لو كان عبدًا، قاله ابن القاسم.

وقال غيره: لا يرجع عليها بشيء.

ولو خالعها على عبد آبق على أن يعطيها مالًا من عنده لم يجز ذلك، فإن وقع رَدَّت عليه المال الذي أخذته منه، وكان لها في العبد بقدر المال الذي رَدَّته، وكان للزوج باقيه، ولو هلك العبد ولم يسلم كان تلفه منها وردت عليه ما أخذته منه).

الصواب: قول الغير؛ لأنه خالعها على شيء لا يصح تملكه فصار كما لو خالعها على خمر أو خنزير.

---

(١) «التهذيب» (٢/ ٣٨٢).

(٢) في أ: الثمن .

(٣) في ب: وظاهرها .

فصل: في دفع عوض الخلع:

وإذا أقرَّ الرجل أنه خلع امرأته على مال فأنكرته لزمه الطلاق، ولم يكن من المال الذي ادعاه عليها شيء وكان القول في ذلك قولها مع يمينها، إلاّ أن يذكر أنه اشترط عليها أنها إذا دفعت المال إليه فهي طالق، وأنكرت ذلك فلا يلزمه الطلاق، ولا يكون له مال.

فصل: الخلع على غير عوض:

ولو قصد إلى إيقاع الخلع على غير عوض كان خلعًا، وكان الطلاق به بائنًا، وقد قيل: لا يكون بائنًا إلاّ بوجود العوض.

قوله: (وإذا أقر الرجل أنه خالع امرأته على مال فأنكرته لزمه الطلاق ولم يكن له من المال الذي ادعاه عليها شيء وكان القول في ذلك قولها مع يمينها).

ما ذكر أن القول قولها مع يمينها هو كذلك فيها، وزعم ابن رشد الاتفاق عليه، وهو قصور، بل نقل اللخمي عن عبد الملك أنهما يتحالفان وتبقى له زوجة.

قوله: (إلا أن يذكر أنه اشترط عليها أنها إن دفعت المال إليه فهي طالق، وأنكرت ذلك فلا يلزمه طلاق ولا يكون له مال).

ما ذكره الشيخ هو قول مالك في «العتبية»[1]، وَقَيَّدَ أصبغ وسحنون بقولها هذا إن اتصل لتعليقه بإقراره وإلا فكالمجرد.

قال فيها[2]: وإن جاء الزوج بشاهد على ما يدعي حلف معه واستحق.

قال ابن رشد[3]: وهو متفق عليه، [ليس][4] لإنكار يحيى بن يحيى اليمين مع الشاهد في الأموال.

قوله: (ولو قصد إلى إيقاع الخلع على غير عوض كان خلعًا، وكان الطلاق فيه بائنًا. وقد قيل: لا يكون بائنًا إلا بوجود العوض).

---

(١) انظر: «البيان» (٥/ ٤٩).

(٢) «التهذيب» (٢/ ٣٩٣).

(٣) «البيان» (١٠/ ٣٩).

(٤) سقط من أ.

فصل في إكراه المطلقة على العوض والطلاق على عوض من طرف ثالث:

ولو أكرهها على أخذ شيء من مالها فطلقها به لزمه الطلاق، ورد عليها ما أخذه منها.

يعني: بالقول الأول يلزمه طلقة بائنة كالذي معه عوض، وهو قول مالك وابن القاسم.

والقول الثاني هو قول أشهب ومطرف وابن عبد الحكم.

وفي المسألة قول ثالث: في المدخول بها بلزوم الثلاث، وهو قول ابن الماجشون.

قوله: (ولو أكرهها على أخذ شيء من مالها فطلقها به لزمه الطلاق ورد عليها ما أخذه منها).

لا خصوصية لما ذكره؛ لقولها(١): وإن كان لما تخاف المرأة من نشوز أو ظلم ظلمها أو أضر بها لم يجز له أخذ شيء منها، فإن أخذه رده ومضى الخلع.

وأراد بالضرر ضرر البدن، وبالظلم ظلمه في مالها فلا ترادف في كلامه.

وبه يفسر قول ابن الحاجب(٢): ولو خالعته لظلمه أو ضرره فلها استرجاعه.

وقال ابن عبد السلام: الظاهر أن في ظلمه لها وإضراره بها كالمترادفين وهو بعيد لما قلناه، والله أعلم.

والضرر إن كانت شهدت به البينة بالقطع فواضح، وإن كان بالسماع فألحقوه بذلك للضرورة.

وإنما اختلف في كيفيتها على خمسة أقوال حكاها المتيطي:

فقيل: تقبل، ولو من لفيف الناس والجيران.

وقيل: لا تقبل إلا من العدول، قاله ابن القاسم.

وقيل: يكفي أن يكون السماع من الثقات.

[**وقيل**: لا يجوز فيه شهادة النساء إلا مع رجال؛ لأن الطلاق من معنى الحدود، قاله مالك.

وقال ابن الهندي](٣): إذا شهد بالضرر صالحات النساء والخدم اللاتي يدخلن إليها جاز.

---

(١) «المدونة» (٢/ ٢٤١).

(٢) «جامع الأمهات» (ص/ ٢٨٩).

(٣) سقط من ب .

ولو قال رجل لرجل: طلق امرأتك على ألف درهم أدفعها إليك، ففعل، لزمه دفع الألف إليه.

فصل: في الخلع بشرط حق المراجعة:

ولو خلعها على أن له الرجعة عليها صلحت رجعته، وقد قيل: لا تكون له رجعة وشرطه باطل.

قوله: (ولو قال رجل لرجل: طلق امرأتك على ألف درهم أدفعها إليك ففعل لزمه دفع الألف إليه).

ما ذكر مثله فيها[(١)].

والمراد: وتلزمه طلقة بائنة كما قدمناه، وليست هذه من باب العِدّة فيختلف فيها بل خرج ذلك منهما مخرج المعاوضة فيلزمه اتفاقًا.

وَخَرَّجَهَا شيخنا -حفظه الله تعالى- على باب العدة فقال بعده: خرجت على سبب ووقع.

قال أبو إبراهيم: انظر إن مات قبل أن يدفعها هل تكون في ماله بعد موته أو تكون عطية لم تقبض؟

قلت: الصواب أنها تؤخذ من تركته لما ذكرناه على أن في هذا الأصل اختلافًا ذكره عبد الحق[(٢)] في قول «نكاحها»[(٣)]: بع فرسك من فلان، والثمن لك عليّ.

قال: واختلف لو مات الواهب قبل قبض الموهوب له الفرس، هل يمنع مبتاعه من قبضه دون دفع ثمنها أم لا؟ قولان لأبي محمد وغيره.

ولو قال قبل أن يطلق: لا تطلق فقد بدا لي، فذلك له كقوله لرجل: داين فلانًا، فما داينته به من شيء فأنا حميل لك، كان له الرجوع، وكقوله: اشتر عبد فلان وعليّ ثمنه، ثم بدا له فله ذلك؛ لأنه [شبه][(٤)] الوعد.

قوله: (ولو خالعها على أن له الرجعة عليها لصحت رجعته، وقد قيل: لا تكون له رجعة، وشرطه لذلك باطل).

---

(١) «التهذيب» (٢/ ٣٩٠).

(٢) «تهذيب الطالب» (٢/ ١٣٦-أ).

(٣) «المدونة» (٢/ ١٥٠)، و«التهذيب» (٢/ ١٨٦).

(٤) في ب: يشبه.

فصل: في نفقة المختلعة ومخالعتها في حال حيضها:

ولا نفقة للمختلعة إلاّ أن تكون حاملاً فتكون لها النفقة حتى تضع حملها، ولها السكن مادامت في العدة حاملاً كانت أو غير حامل، ولا يخالع الرجل امرأته وهي حائض كالطلاق بغير خلع.

القولان عن مالك، والمشهور الثاني.

قال اللخمي: وسبب الخلاف هل البينونة باختيار الزوجين أو شرع؟

قوله: (ولا نفقة للمختلعة إلا أن تكون حاملًا فيكون لها النفقة حتى تضع حملها،ولها السكنى ما دامت في العدة حاملًا كانت أو غير حامل).

لا خصوصية للخلع، بل وكذلك [المفتدية][(١)] والمصالحة والمبارية والمفسوخات؛ لأن المختلعة هي التي تعطي جميع ما أعطاها وزيادة عليه، والمفتدية هي التي تعطي بعض ما أعطاها، وكذلك المصالحة والمبارية هي التي لا تعطي ولا تأخذ، هذا هو التفسير الصحيح عندي.

وَصَرَّحَ به مالك.

وقال ابن عبد البر[(٢)]: والمفتدية والمصالحة سواء وهو أسماء مختلفة ومعاني متفقة.

ويدل في [قول][(٣)] **الشيخ**: النفقة الكسوة لقولها[(٤)]: «فلها النفقة والكسوة» فيقوم من قول الشيخ قول ابن زرب وقول مالك في «الموازية» فيمن التزم نفقة إنسان أنه تلزمه الكسوة.

ومن قولها خلافه، وهو قول الأكثر؛ لأن العطف يقتضي المغايرة.

قوله: (ولا يخالع الرجل امرأته وهي حائض كالطلاق بغير خلع).

ما ذكره الشيخ هو أحد القولين، والجاري على المشهور: أن الخلع في الحيض ليس كابتداء الطلاق فيه؛ لأنه برضاها بناء على النهي معلل بتطويل العدة [لا أنه][(٥)] عبادة.

---

(١) في ب: المبتدئة.

(٢) «الاستذكار» (٦/ ٧٩).

(٣) في ب: كلام.

(٤) «التهذيب» (٢/ ٣٨٠).

(٥) في أ: لأنه.

باب: النشوز والحكمين

فصل: في نشوز الزوجين وقيام الحكمين العدلين بينهما:

وإذا تناشز الزوجان، فإن علم الإضرار من أحدهما بصاحبه أمر بإزالة الضرر عنه، وإن يعلم الإساءة من أيهما هي، وأقاما على المناشزة وترافعا إلى الحاكم ندب لهما حكمين من أهلهما عدلين فقيهين ينظران بينهما، ويجتهدان في صلحهما - إن وجدا- فإن لم يكونا فغيرهما على الشرط، فإن استطاعا الإصلاح بينهما فعلاه، فإن لم يستطيعاه ورأيا الفرقة صلاحًا فرّقا بينهما، وكان الفراق طلاقًا بائنًا.

وإن رأيا أن يخالعا بينهما بعوض يأخذانه للرجل من المرأة، جاز ذلك، وكان الطلاق بائنًا.

باب: النشوز والحكمين

قوله: [(**قال: وإذا تناشز الزوجان فإن علم الإضرار من أحدهما بصاحبه أُمِر بإزالة الضرر عنه**][(١)]**، فإن لم يعلم الإساءة من أيهما هي وأقاما على المناشزة وترافعا إلى الحاكم ندب لهما حكمين من أهلهما عدلين فقيهين ينظران بينهما ويجتهدان في صلحهما، فإن استطاعا الإصلاح بينهما فعلاه، و إن لم يستطيعاه ورأيا الفرقة صلاحًا فرّقا بينهما، وكان الفراق بائنًا، وإن رأيا أن يخالعا بينهما بعوض يأخذانه للرجل من المرأة جاز ذلك وكان الطلاق بائنًا**).

أراد الشيخ بقوله: «**ندب**» أي بعث لقولها[(٢)]: وإذا قبح ما بين الزوجين وجهل حقيقة أمرهما بعث الإمام حكمًا من أهله وحكمًا من أهلها من أهل العدل والنظر.

وأراد «بالنظر» الفقه لتصريح الشيخ بذلك.

وظاهرها: وإن لم يرتفعا للحاكم، فإن الإمام يبعث، ومحمله كما قال الشيخ: إن خرجا لما لا يحل من مشاتمة ووثوب وجب على السلطان بعث الحكمين وإن لم يطلباه بذلك.

---

(١) سقط من ب .

(٢) «التهذيب» (٢/ ٤٠٥).

وإن لم يكن في أهلهما من يكون حكماً بينهما، جاز أن يكون الحكمان من غير أهلهما، وتفريقهما جائز وافق حكم قاضي البلد أو خالفه، وكّلهما الزوجان بذلك أو لم يوكلاهما به.

[ومحمل][(١)] قول الشيخ: «**وترافعا إلى الحاكم**» حيث لم يصلا إلى ما ذكر فلا معارضة بين قوله وقولها، وظاهرها أن كونهما من الأهل مع الوجود شرط، وهو ظاهر الآية.

وقال الباجي[(٢)]: إن هذا الشرط وكونهما فقيهين من شروط الإكمال.

وقوة كلام الشيخ تقتضي بظاهرها عدم دار أمينة، وهو قول ابن لبابة وابن القصار: هي بدعة وخلاف الكتاب والسنة، وإنما الحكم بعث الحكمين.

وقال يحيى بن يحيى وولده عبيد الله بثبوتها، وبه جرى العمل عندنا بإفريقية، ولم أر أحدًا بعث الحكمين في مدة عمري منذ عقلت.

وقيل: يعمل على دار أمينة، فإن طال أمرهما وتكررت شكواهما بعد ذلك فحينئذٍ يبعث الحكمان، وبهذا القول قال الأكثر.

قوله: (**فإن لم يكن في أهلهما من يكون حكماً بينهما جاز أن يكون الحكمان من غير أهلهما**).

يعني: ويستحب أن يكونا من الجيران.

قوله: (**وتفريقهما جائز وافق حكم قاضي البلد أو خالفه، وكَّلهما الزوجان بذلك أو لم يوكّلاهما به**).

مثله ذكر الباجي[(٣)]، ولم يعزه بعض شيوخنا إلا له، وهو قصور.

وقيل: إنهما وكيلان، وعلى كل قول يلزم طلاقهما وإن لم يأذن الزوجان.

وفائدة هذا الخلاف والله أعلم: هل يصح توكيل المرأة والعبد ونحوهما أم لا؟

وقد قال ابن بشير[(٤)]: حكم الحكمين متردد بين التوكيل والتحكيم، وعليه يجري أكثر مسائل هذا الكتاب.

(١) في ب: ومحل .

(٢) «المنتقى» (٤/ ١١٤).

(٣) «المنتقى» (٤/ ١١٥).

(٤) «التنبيه» (٢/ ١١٦ب).

باب: الطلاق المؤجل، والمعلق بصفة

فصل: في مدلول بعض ألفاظ الطلاق:

ومن طلق امراته إلى أجل يبلغه عمره ويجوز إتيانه مع بقاء نكاحه طلقت عليه عند لفظه ولم ينتظر به الأجل الذي ضربه، وإن طلقها إلى أجل لا يبلغه عمره مثل قوله: أنت طالق بعد ألف سنة وما أشبه هذا من الزمان البعيد فإنها تتخرج على روايتين:

باب: الطلاق المؤجل، والمعلق بصفة

قوله: (**قال: ومن طلق امرأته إلى أجل يبلغه عمره ويجوز إثباته مع بقاء نكاحه طلقت عليه عند لفظه ولم ينتظر به الأجل الذي ضربه**).

سمع ابن القاسم: أن ناسًا اختلفوا فيمن طلق إلى أجل مسمى وأن عطاءً كان يقول ذلك، فقال مالك: لا قول له ولا لغيره، هذه المدينة دار رسول الله ﷺ ودار الهجرة فما ذكروا أن المطلق إلى أجل يستمتع بامرأته لذلك الأجل فإنا لم ندرك أحدًا قاله،وهذا يشبه المتعة.

ابن رشد[1]: قياسه لذلك على المتعة صحيح، واستدلاله لأنه الذي عليه أهل المدينة دليل على أن إجماعهم عنده حجة فيما طريقه الاجتهاد.

والذي عليه أهل التحقيق: أن إجماعهم إنما هو حجة فيما طريقه التوقيف، وأن الغالب منه أنه عن توقيف كنفي زكاة الخضراوات والأذان.

ويقوم من كلام الشيخ ما في «الواضحة» عن مطرف وأصبغ: إذا قال: أنت طالق إذا خسفت الشمس أو القمر، أو إن مطرت السماء، أنه يلزمه الطلاق بكلامه؛ لأنه أَجَلٌ آت.

وعزاه ابن يونس[2] لابن الماجشون وأصبغ.

قوله: (**فإن طلقها إلى أجل لا يبلغه عمره مثل قوله: أنت طالق بعد ألف سنة وما أشبه ذلك من الزمان البعيد فإنها تتخرج على روايتين**:

---

(١) «البيان» (٥/ ٣٤٨، ٣٤٩).

(٢) «الجامع» (٤/ ٥٣٩).

إحداهما: أنها تطلق عليه في الحال.

والأخرى: أنها لا تطلق عليه بحال.

فصل: في الطلاق المعلق بأحد الزوجين:

ولو قال لها: أنت طالق إذا مت أنا أو إذا مت أنت ففيها **روايتان:**

إحداهما: أنها تطلق عليه في الحال، رواها ابن وهب عنه.

إحداهما: أنها تطلق عليه في الحال.

والأخرى: أنها لا تطلق بحال).

لا مفهوم لقوله: «مثل ألف سنة وما أشبه ذلك» والمعنى المقصود هو قوله: (ما لا يبلغه عمره» لسماع عيسى ابن القاسم: من طلق إلى أجل يعلم أنه لا يبلغ عمر أحد كقوله: مائة سنة لا شيء عليه.

ابن رشد: اتفاقًا.

والحد فيه بلوغ أجل التعمير على الخلاف فيه من السبعين إلى مائة سنة وعشرين.

وما ذكره من الاتفاق قصور لنقل ابن فتحون والمتيطي في ذلك روايتين:

إحداهما: لزوم الطلاق في الحال.

وقول الشيخ بأنها تتخرج قصور لما ذكرنه في اختلاف قول مالك بالنص، وذكرت في «شرح التهذيب» أن الشيخ قصد بالتخريج على الخلاف المذكور في طلاق الهزل، وذكرته لشيخنا أبي مهدي - رحمه الله تعالى - فارتضاه، وظهر لي الآن أن الشيخ إنما قصد تخريجها على الخلاف الذي ذكره بإثر هذه المسألة في قوله: «أنت طالق إذا مِتُّ أنا، وإذا مِتّ أنت» فإن قوله: «ألف سنة» هو مثل قوله: «إذا مت» سواء إذ لا يتصور حياته إليها، كما لا يتصور حياته بعد موته في الدنيا.

وقوله: (أنت طالق إذا مِتّ فيها روايتان:

إحداهما: أنها تطلق في الحال، رواه ابن وهب.

والأخرى: أنها لا تطلق عليه رواها ابن القاسم عنه، ولو قال لها: أنت طالق إذا مات زيد، طلقت في الحال.

والأخرى: أنها لا تطلق عليه، رواها ابن القاسم عنه).

الرواية الثانية: هي نصها[١].

زاد ابن يونس[٢]: إذ لا تطلق ميتة، ولا يوصي ميت بطلاق.

ومعنى قولها: «ما لم يرد نفي الموت عنادًا أو من مرض خاص لبساط دل على ذلك لنص «الموازية» بذلك.

قوله: (ولو قال لها: أنت طالق يوم أموت أو يوم تموتين طلقت في الحال).

ما ذكره هو قول ابن القاسم في سماع عيسى.

وقال أشهب وابن نافع:لا شيء عليه.

قوله: (ولو قال لها: أنت طالق إذا مات زيد طلقت في الحال).

ما ذكره لا أعلم خلافه.

واختلف إذا قال لامرأته: إذا بلغت معي موضع كذا فأنت طالق:

ففي سماع زونان: أنها طالق الساعة كمن قال لامرأته وهي حامل: إذا وضعت فأنت طالق.

وفي سماع عيسى: أنه لا يعجل عليه.

وكره في مثله، وهو قوله: «إذا قدمت [ببلد][٣] كذا فأنت طالق».

واعتل بأنه ضَرَبَ أجلًا لا يدري أيبلغه أم لا؟

وحمل ابن لبابة السماعين على الوفاق.

وتأول رواية عيسى على أنه لم يخرج ولا عزم على السفر، وحمله ابن رشد على الخلاف كما قلناه لسماع عيسى ابن القاسم: لا يقع عليه طلاق وإن خرج متوجهًا حتى يقدم الموضع.

---

(١) «التهذيب» (٢/ ٣٤٨).

(٢) «الجامع» (٤/ ٥٣٥).

(٣) في ب: بلد.

فصل: في الطلاق المعلق بوضع الحمل:

ولو قال لها وهي حامل: أنت طالق إذا وضعت حملك، ففيها **روايتان:**

إحداهما: أنها تطلق في الحال.

والأخرى: أنها لا تطلق حتى تضع حملها.

ولو كانت حاملاً باثنين فوضعت واحدًا، لم تطلق حتى تضع الآخر هذا على الرواية الثانية ويتخرج فيها قول آخر وهو أنها تطلق بوضع أحد الولدين على أصوله في الحنث بوجود بعض المحلوف عليه.

فصل: في الطلاق المعلق بحيض أو طهر:

ولو قال لها وهي من ذوات الحيض: أنت طالق إذا حضت، طلقت عليه في الحال، وكذلك إن قال لها وهي حائض: أنت طالق إذا طهرت، وقال عبد الملك: لا تطلق حتى تحيض وحتى تطهر.

قوله:(**ولو قال لها وهي حامل : أنت طالق إذا وضعت ففيها روايتان: إحداها: أنها نطلق في الحال، والأخرى: أنها لا تطلق حتى تضع حملها**).

الرواية الأولى: هي قولها، وبالقول الثاني قال أشهب وغيره، واختاره اللخمي للاختلاف في الطلاق إلى أجل لإمكان أن يكون ريحًا أو يموت قبل الوضع .

قوله:(ولو كانت حاملًا [باثنين][(١)] ووضعت واحدًا لم تطلق حتى تضع الآخر هذا على الرواية الثانية ويتزوج فيها قول آخر وهو أنها تطلق بوضع أحد الولدين على أصوله في الحنث بوجود بعض المحلوف عليه).

ما ذكره من التخريج قصور؛ لأنه عن مالك نص كالأول فله القولان رواهما محمد، وكذلك رواهما أبو محمد بن أبي زيد.

قوله: (ولو قال لها وهي من ذوات الحيض: أنت طالق إذا حضت طلقت عليه في الحال وكذلك إذا قال لها وهي حائض أنت طالق إذا طهرت [طلقت في الحال][(٢)].

وقال عبد الملك لا تطلق حتى تحيض أو حتى تطهر).

---

(١) في ب: بابنين .

(٢) سقط من ب .

ولو قال لها: أنت طالق كلما حضت، طلقت عليه في الحال ثلاثًا.

القول الأول هو قولها، وبقول عبد الملك في الأولى: قال أشهب والمخزومي وابن وهب وابن عبد الحكم، ووري عن مالك.

وقيل: إن كان على حنث فالأول، وإن كان على بر فالثاني، قاله أصبغ وصور بقوله: «[إن كلمت فلانًا][1] فأنت طالق إن حضت».

وبقوله: «إن كلم فلان فلانًا فأنت طالق إن حضت».

وبقول عبد الملك في الثانية قال أشهب نصًّا حكاه اللخمي.

ووجهه: أنها قد تموت قبل أن تطهر فيكون الطهر لم يأت بخلاف الأجل الذي لا بد منه ولو ماتت.

وقول الشيخ: «**وهي من ذوات الحيض**».

مثله فيها[2]، فظاهرها: لو كانت يائسة أو صغيرة، وقال لها: إذا حضت فأنت طالق، فإنها لا تطلق عليه حتى ترى الحيض، وهو كذلك من غير خلاف.

قاله بعضهم، وقبله ابن عبد السلام، وهو كذلك في [الآيسة][3].

وفي الصغيرة خلاف لقول ابن حبيب في «الواضحة» قال: قال ابن الماجشون: من قال لزوجته ـ ولم تحض: إذا حضت فأنت طالق، طُلِّقَت الآن عليه، ولو كانت قعدت عن الحيض لم تطلق إلا أن تحيض.

قال أبو محمد[4]: يريد: ويقول النساء: إنه حيض.

قوله: (ولو قال لها: أنت طالق كلما حضت، طلقت عليه في الحال ثلاثًا).

قال فيها[5]: ولو قال لها: أنت طالق كلما حضت أو كلما جاء يوم أو شهر أو سنة طلقت الآن عليه ثلاثًا.

وَدَلَّ كلام الشيخ على تقييد ما فيها من باب أحرى.

(١) في ب: إن لم تكلمي فلانًا.

(٢) «التهذيب» (٢/ ٣٤٤).

(٣) في أ: اليائسة.

(٤) «النوادر» (٥/ ١٠٣).

(٥) «التهذيب» (٢/ ٣٤٨).

فصل: في الطلاق المعلق بصفة لازمة الوقوع عادة:

قال: ولو قال لها: أنت طالق عند الجداد أو عند العصير أو عند الحصاد طلقت في الحال، وكذلك لو قال: أنت طالق إذا قدم الحاج أو عند قدوم الحاج.

فصل: في الطلاق المعلق بصفة جائز كونها وعدمها:

ولو قال لها: أنت طالق إذا دخلت الدار، لم تطلق حتى تدخلها، وكذلك سائر الصفات التي قد تكون وقد لا تكون مثل: قدوم زيد، أو لباس ثوب وما أشبه ذلك من الصفات المنتظرات الجائز كونها وعدمه.

قال سحنون: ما فيها بعضه صواب وبعضه خطأ.

قال أبو عمران: الصواب كلما جاء يوم.

وفي: «كلما جاء شهر» قوله فيها(١): «إنها تطلق عليه الساعة، وينظر هل تذهب عدتها في الشهر أو في السنة إن ذهبت لم يكن عليه طلاق كقوله في أنت طالق كلما حضت لا يلزمه إلا طلقتان؛ لأنها إذا حاضت الثالثة بانت منه فكأنه أوقع الثلاث بعد أن بانت منه فلا تلزمه.

ابن عبد السلام: ولو قال لها: أنت طالق كلما حاضت فلانة، [تعجلت](٢) عليه الثلاث على قول ابن القاسم وسحنون.

وما ذكره ردّه بعض شيوخنا(٣) [بمنع](٤) كونه كذلك على مذهب سحنون.

قوله: (**ولو قال: أنت طالق عند الجداد أو العصير أو الحصاد طلقت في الحال، وكذلك لو قال لها: إذا قدم الحاج أو عند قدوم الحاج.**

ولو قال لها: أنت طالق إذا دخلت الدار، لم تطلق حتى تدخلها، وكذلك سائر الصفات التي قد تكون وقد لا تكون مثل كلام زيد ولبس ثوب وما أشبه ذلك من الصفات المنتظرات الجائز كونها وعدمها).

---

(١) «المدونة» (٢/ ٦٤).

(٢) في ب: لعجلت.

(٣) «مختصر ابن عرفة» (٦/ ١٨١).

(٤) في ب: فمنع.

فصل: في الطلاق المعلق بحمل الزوجة أو عدمه:

ولو قال لها: أنت طالق إذا حملت ففيها روايتان:

إحداهما: أنه إذاوطئها مرة واحدة طلقت عليه عقب وطئه.

والرواية الأخرى: أنه يطؤها في كل طهر مرة، ثم يمسك عن وطئها، فإن حملت طلقت عليه، وإن حاضت تُطلق، وانتظر طهرها، فوطئها، ثم كانت هكذا أبدًا حتى يظهر حملها.

قصد بقوله: «إذا قدم الحاج» زمن قدومه.

ابن رشد[١]: تعليق الطلاق بصفة على أربعة أقسام:

الأول: أن تكون الصفة ثابتة على كل حال فهنا يتعجل اتفاقًا.

الثاني: أن [تكون غير آتية][٢] على كل حال، فهذا يتخرج على القولين في طلاق الهزل.

الثالث: أن تكون مترددة بين الإتيان وعدمه بالسواء، والأغلب عدم الإتيان فلا يتعجل عليه بالاتفاق.

الرابع: التردد، والأغلب الإتيان، فهما قولان منصوصان.

قوله: (**ولوقال لها: أنت طالق إذا حملت ففيها روايتان:**

إحداهما: أنه إذا وطئها مرة واحدة طلقت عليه عقب وطئه.

والأخرى: أنه يطؤها في كل طهر مرة ثم يمسك عن وطئها، فإن حملت طلقت عليه، وإن حاضت لم تطلق عليه وانتظر طهرها ثم وطئها ثم كانت هكذا أبدًا حتى يظهر حملها).

الأول هو قولها[٣].

ولم يعز أبو محمد[٤]، وابن يونس[٥]، واللخمي الثاني إلا لقول ابن الماجشون لا

(١) «المقدمات» (١/ ٥٨٣).

(٢) في ب: تكون آتية .

(٣) «التهذيب» (٢/ ٣٤٦).

(٤) «النوادر» (٥/ ١٠٣).

(٥) «الجامع» (٤/ ٥٣٥).

وإذا قال لها: أنت طالق إن لم يكن بك حمل طلقت في الحال، كان بها حمل أو لم يكن.

لروايته.

وقال أشهب: له وطؤها حتى تحمل لا بقيد مرة في الطهر.

وقال ابن عبد السلام: الأول منهما لسحنون وأظنه لابن الماجشون.

وما ذكره قال فيه بعض شيوخنا: لا أعرفه إلا لابن الماجشون لا لسحنون.

ويتبادر للذهن أن قولها معارض لقول ابن القاسم في «العتق الثاني»[١]: من قال لأمته: إذا حملت فأنت حرة وطئها في كل طهر مرة ما لم يثبت حملها بإجماع مالك وأصحابه.

وأجاب ابن يونس[٢]: بأنهم أجمعوا أنه لا يجوز الطلاق إلى أجل، ويجوز العتق إلى أجل.

[قال عياض[٣]: ومعنى قولها][٤]: إذا لم يكن وطئها في ذلك الطهر.

ولو وطئها طلقت عليه عند ابن القاسم وروايته.

وظاهرها: أن له وطأها مرة من غير يمين أنه لم يطأها، [وهو كذلك.

قال ابن القاسم فيها][٥][٦]إذا قال: إذا حملت فوضعت،وقال أخيرًا: لا بد من يمينه.

قوله: (**وإذا قال لها: أنت طالق إن لم يكن بك حمل طلقت في الحال كان بها حمل أو لم يكن**).

زاد فيها[٧]: إذ لو [مات][٨] قبل تبين ذلك لم يتوارثا .

---

(١) «التهذيب» (٢/ ٥١٥).

(٢) «الجامع» (٤/ ٥٣٦).

(٣) «التنبيهات» (٢/ ٧٨٤).

(٤) في أ: قاله عياض، ومعللاً فولها .

(٥) في أ: قاله ابن القاسم .

(٦) «التهذيب» (٢/ ٣٤٧).

(٧) «التهذيب» (٢/ ٣٦٥).

(٨) في ب: ماتا .

فصل: في الطلاق المعلق بوطء الزوجة:

ولو قال لها: أنت طالق إذا وطئتك، لم تطلق حتى يطأها، فإذا وطئها طلقت بالإيلاج الأول، ونوى مع ذلك رجعتها وثبت على نكاحها، ولو قال: إن وطأتك فأنت طالق ثلاثًا لم يَجُزْ له وطؤها؛ لأنها تحرم بالإيلاج الأول، ولا يجوز له ارتجاعها.

ولو قال لها: أنت طالق كلما وطئتك طلقت عليه بوطئه مرتين تطليقتين،

واستشكله المغربي: بأنه استدلال على الشيء بفرعه إذ الميراث فرع الزوجية.

وما ذكر من تطليقها في الحال هو المشهور.

وقال أشهب: لا شيء عليه حتى ينظر هل هي حامل أم لا؟

وعلى الأول فظاهرها: لا يفتقر إلى حكم حاكم .

وفي «كتاب ابن حبيب»: عن مالك: لا يقع عليه طلاق إلا أن يوقعه الحاكم.

وما ذكر من نفي الميراث هو أحد الأقوال الثلاثة، وهو بَيِّن لوجود الشك في العصمة، وقد تقرر أن الشك أحد موانع الميراث.

وقيل: يتوارثان استصحابًا لحال العصمة.

وقيل: إن ماتت لم يرثها وإن مات ورثته، قاله سحنون ، وأبعد.

ولذلك قال اللخمي: يريد إذا تَبَيَّنَ أنه كان بارًّا.

قوله: **(ولو قال لها: أنت طالق إذا وطئتك لم تطلق حتى يطأها فإذا وطئها طلقت بالإيلاج الأول ونوى مع ذلك رجعتها، وثبت على نكاحها).**

يحتمل أن يريد بقوله: «**طلقت بالإيلاج**» مغيب الحشفة أو الوطء بجميع الذَّكَر ويجري فيه الخلاف من التي تليها.

قوله: **(ولو قال لها: إن وطئتك فأنت طالق ثلاثًا لم يجز له وطؤها لأنها تحرم بالإيلاج الأول ولا يجوز ارتجاعها.**

ولو قال لها: أنت طالق كلما وطئتك طلقت عليه بوطئه مرتين تطليقتين

وراجعها عند الإيلاج في المرتين، ولم يجز له أن يطأها مرة ثالثة؛ لأنها تحرم بها تحريمًا لا يصح معه ارتجاعها.

فصل: في الطلاق المعلق بنزول المطر:

ولو قال لها: أنت طالق إذا أمطرت السماء غدًا، لم تطلق حتى تمطر السماء،

وراجعها عند الإيلاج في المرتين ولم يحل له أن يطأها مرة ثالثة لأنها تحرم بها تحريمًا لا يصح معه ارتجاعها).

ما ذكره هو قول مالك فيها[(١)]، رواه أكثر الرواة في «كتاب الإيلاء»، وهو أحد الأقوال الأربعة:

وقيل: يمكّن من الوطء بالتقاء الختانين لا أكثر، وينزع وجوبًا، قاله ابن وهب وعبد الملك.

وقيل: يمكّن من جميع [اللذة][(٢)] حتى يفتر أو ينزل ولا ينزل فيها خوف أن يكون الولد ولد زنا، قاله أصبغ.

وقيل: يمكّن حتى من الإنزال ولا يحنث إلا بوطء كامل، قاله ابن القاسم في «الأسدية»، وهو ظاهر قوله فيها[(٣)].

وهل لا يكون مؤليًا ويعجل عليه الطلاق، أو يكون مؤليًا ولا يطلق عليه حتى يحل أجل الإيلاء؟ قولان، كلاهما فيها[(٤)]، وكلام الشيخ عندي يحتملها.

قوله: (ولو قال لها: أنت طالق إذا أمطرت السماء غدًا لم تطلق حتى تمطر السماء).

ما ذكره هو المشهور؛ لأنه على بِرّ.

وقيل: تطلق عليه في الحال.

---

(١) «التهذيب» (٢/ ٣٥٤).

(٢) في ب: لذته .

(٣) «التهذيب» (٢/ ٣١٣).

(٤) «التهذيب» (٢/ ٣٢١).

ولو قال لها: أنت طالق لتمطرن السماء، طلقت في الحال عند ابن القاسم ولم تطلق عند أشهب.

فصل: في الطلاق المعلق بأمور غيبية:

ولو حلف بطلاقها على لوزة أن بها حبتين طلقت في الحال ولو كسرت اللوزة فوُجِدَ بها حبتان كما حلف عليه لم يسقط الطلاق عنه.

قوله: (**ولو قال لها: أنت طالق لتمطرن السماء، طلقت في الحال عند ابن القاسم، ولم تطلق عند أشهب**).

القول الأول هو قولها[1]، واعتل بأن هذا من الغيب، وظاهرها أنه لا يفتقر إلى حكم وهو كذلك.

وقيل: بل لا يتنجز حتى يحكم الحاكم، قاله ابن الماجشون وأصبغ وابن حبيب.

وظاهر كلام الأكثر: التسوية بين استناده لشبهة تنجيم أو غيره وعدمها.

وقال ابن رشد[2]: هي على وجهين إن حلف على أنه لا بد من كونه أو عدمه قطعًا لكهانة أو تنجيم أو تقحماً على الشك دون سبب [من][3] تجربة، أو توهم شيء ظنه عجل عليه الطلاق حينئذٍ اتفاقًا، فإن غفل عنه حتى جاء الأمر على ما حلف عليه، فقيل: يلزمه الطلاق، قاله المغيرة وعيسى بن دينار.

وقيل: لا، قاله ابن القاسم.

وإن حلف عليه لغلبة ظنه لتجربة أو لشيء توهمه عجل طلاقه، فإن لم يعجل حتى جاء الأمر على ما حلف لم يلزمه، قاله عيسى بن دينار، وهو دليل سماع أبي زيد ابن القاسم.

قوله: (**ولو حلف بطلاقها على لوزة أن فيها حبتين طلقت في الحال ولو كسرت اللوزة فوُجِدَ فيها حبتان كما حلف لم يسقط الطلاق عنه**).

ما ذكره من طلاقه في الحال جارٍ على قول ابن القاسم، والجاري على قول أشهب المتقدم عدم التعجيل من باب أحرى، وما ذكره فيما إذا وجد فيها حبتان، هو

(١) «التهذيب» (٢/ ٣٤٩).

(٢) «البيان» (٦/ ١٥٠).

(٣) سقط من الأصل.

ولو حلف بطلاقها أنه أو أنها من أهل الجنة أو من أهل النار، أو أن رجلاً من الناس كذلك، طلقت عليه في الحال.

المشهور. وروي عن مالك أنه لا يحنث، وكلام الشيخ هذا يقتضي [أنه لا يحنث][1] في الأولى في القول الأول مع الموافقة من باب لا فارق.

ووقعت مسألة بتونس في زمن قراءتنا بها وهي: رجل حلف في صبرة طعام أن فيها عشرة أقفزة، فأفتى شيخنا: حفظه الله تعالى. بحنثه وإن وافق، أخذًا من قولها: لأن هذا من الغيب.

وأفتى بعض شيوخنا: بأنه إن أخطأ يسيرًا أعلى أو أدنى أنه لا يحنث، وأحرى إذا وافق وبكثير يحنث.

وأقول: الصواب عندي: أنه لا يحنث إذا طابق ما حلف عليه إذا كان له معرفة بذلك وإلا حنث؛ لأنه له فيه قدرة بالتجارب كقوله: إن لم يقدم أبي، ثم وقعت في أحكامي بباجة مسألة بنحو هذه وهي قصاب احتسب عليه المحتسب ثورًا فلم يرض بما قوّم عليه فيه، وَبَيّنَ مقدار ما اشتراه به ثم حلف بالطلاق أن لحمه يقوّم عليه كذا وكذا رطلًا بدرهم جديد عددًا سماه، وأمرت من باع لحمه بالشهادة فظهر كما حلف فَحُلْتُ بينه وبين زوجته، وبعثت سؤالًا لشيخنا أبي مهدي. رحمه الله تعالى. فأفتى بما اخترته في الأولى سواء.

واعتل بما ذكرته فحكمت بذلك.

قوله: (**ولو حلف بطلاقها أنه أو أنها من أهل الجنة أو من أهل النار، أو أن رجلًا من الناس كذلك طلقت عليه**).

[ما ذكره فيما إذا حلف أنه من أهل الجنة أو من أهل النار][2] هو قول مالك.

وقال الليث بن سعد[3]: لا شيء عليه؛ لقوله تعالى: ﴿وَلِمَنْ خَافَ مَقَامَ رَبِّهِۦ جَنَّتَانِ﴾ [الرحمن:٤٦]، وقاله ابن وهب.

قال ابن رشد[4]: فإن نوى أنه لا يدخل النار فتعجيل طلاقه ظاهر؛ لأن الْمُسْلِمَ

(١) في ب: أنه يحنث.

(٢) سقط من ب.

(٣) انظر: «البيان» (٦/ ٢٢٠).

(٤) «البيان» (٦/ ٢٢٠).

فصل: في الطلاق المعلق بصفة ذاتية للزوجة:

ولو قال لها: أنت طالق إن كنت تحبيني أو كنت تبغضيني. استحببنا له أن يلتزم طلاقها، ولا يقبل في ذلك قولها.

لا يَسْلَمُ من الذنوب ولا يعصم منها إلا [نبي][(١)] لا ينبغي أن يختلف فيه؛ لأنه [حلف][(٢)] على غيب، إن نوى أنه يدخل الجنة من الذين لا يخلدون في النار، فمعنى يمينه أنه لا يكفر بعد إيمانه ويثبت عليه لموته فلا شيء عليه كمن حلف بالطلاق [ليقيمن][(٣)] بهذا البلد حتى يموت لا ينبغي فيه خلاف وإن لم تكن له نية فظاهر قول مالك وابن القاسم حمله على الوجه الأول.

وقول ابن وهب والليث بناء على حمل قوله على الوجه الثاني، ولا يتأول عليهما أنهما حملا قوله على الوجه الأول ولا يوجبان طلاقًا؛ لأنه خروج إلى الإرجاء والأظهر حمل قوله: إن لم أكن من أهل الجنة، على الوجه الأول.

وحمل قوله: إن لم أدخل الجنة على الثاني.

وقول الشيخ: «**أو أن رجلًا من الناس**» عام مخصوص بالعشرة المقطوع لهم بالجنة، فإن من حلف أنهم من أهل الجنة لا شيء عليه، وكذلك عمر بن عبد العزيز وبمن ثبت بطريق صحيح عنه ﷺ أنه من أهل الجنة كعبد الله بن سلام.

قوله: (ولو قال لامرأته: أنت طالق إن كنت تحبينني أو كنت تبغضينني استحببنا له أن يلتزم طلاقها ولا يقبل في ذلك قولها).

قال فيها[(٤)]: ولو قال لها: إن كنت تبغضينني فأنت طالق، فقالت له: لا أبغضك فلا يجبر على فراقها، ولكن يؤمر.

فظاهرها: لو أجابته أنها تبغضه أنه يجبر.

---

(١) في ب: بشيء.

(٢) في أ: الحلف .

(٣) في أ: ليقضي .

(٤) «التهذيب» (٢/ ٣٤٥).

فصل: في الطلاق إذا شك الحالف في حنثه أو في طلاقه:

وإذا حلف بطلاقها على صفة يقع الحنث بها، ثم شك في حنثه لزمه الطلاق، قاله ابن القاسم، وذلك عندي على وجه الاحتياط دون الحكم والله أعلم...

ويتحصل في المسألة خمسة أقوال:

أحدها: أنه يُجْبَر سواء أجابته بما يقتضي الحنث أم لا، وعكسه يؤمر لا يجبر وهو الذي ذكر الشيخ، وقيل: إن أجابته بما يقتضي الحنث جبر، وإلا أمر وهو الذي دَلّ عليه قولها، وهذه الثلاثة حكاها غير واحد، وحمل بعضهم [الثالث تفسير الأولين][1].

وقيل: إن إجابته بما يقتضي الحنث وصدقها فإنه يجبر وإلا فلا، حكاه ابن الحاجب[2].

وقيل: إن قصد نفس لفظها فلا تطلق عليه إن أجابته بما لا يقتضيه وإن علقه بما في قلبها فهو من وقوع الطلاق بالشك، حكاه ابن شاس[3] عن عبد الحميد الصائغ، ونحوه في «المجموعة».

وقال خليل[4]: ينبغي إن ظهر من قرائن أحوالها بغضة أو محبة أن يعمل عليه وإن لم يظهر شيء، فيكون محل الخلاف.

قلت: القول الرابع يأبى ما ذكره.

قوله: (وإذا حلف بطلاقها على صفة يقع الحنث بها ثم شك في حنثه لزمه الطلاق، قاله ابن القاسم، وذلك على وجه الاحتياط دون الحكم والله أعلم).

تأول أبو محمد[5] **قولها**: «طلقت عليه بعد الجبر» كتأويل الشيخ، وتأوله أبو عمران بالجبر لقولها بإثرها: وكل يمين بالطلاق لا يعلم صاحبها أنه فيها بار فهو حانث.

---

(١) في ب: الثلاثاء تفسيرًا للأولين.

(٢) «جامع الأمهات» (ص/ ٣٠١).

(٣) «عقد الجواهر» (٢/ ٥٣٥).

(٤) «التوضيح» (٣/ ٦٣٣).

(٥) «النوادر» (٤/ ٦٣).

ولو شك في طلاقها هل طلقها أم لا؟ لم يكن عليه شيء.

❁ ❁ ❁

قال ابن الحاجب(١): وهو المشهور.

وقال اللخمي: [الأول](٢) هو المعروف.

وقال ابن رشد(٣): الشك في الطلاق على خمسة أقسام، منها ما يتفق على أنه لا يجبر ولا يؤمر مثل حلفه على رجل لا فعل فعلًا ثم يقول: لعله فعله دون سبب يوجب شكه فيه.

ومنه ما يتفق على أنه يؤمر ولا يجبر مثل حلفه على ألَّا يفعل فعلًا ثم يشك هل حنث أم لا لسبب يدخل عليه الشك.

ومنه ما يتفق على أنه لا يجبر ويختلف هل يؤمر أم لا؟ مثل أن يشك هل طلق امرأته أم لا؟ ويشك هل حنث في يمينه فيها؟ فقال ابن القاسم: يؤمر ولا يجبر.

وقال أصبغ: لا يؤمر ولا يجبر.

ومنه ما يختلف فيه هل يجبر أم لا مثل أن يطلق ولا يدري طلق واحدة أو اثنتين أو ثلاثًا أو يحلف ويحنث ولا يدري أكان يمينه بطلاق أو مشي أو يقول: امرأتي طالق إن كانت فلانة حائضًا، فتقول: ليست بحائض، أو إن كان فلان يبغضني فيقول: أنا أحبك، أو: إن لم تخبرني بالصدق، فيخبره ويزعم أنه صدقه ولا يدري حقيقة ذلك.

ومنه ما يتفق على أنه يجبر مثل قوله: امرأتي طالق إن كان أمس كذا لشيء يمكن أن يكون وألَّا يكون ولا طريق لاستثباته.

ومثل أن يشك أي امرأة طَلَّق.

قوله: (**ولوشك في طلاقها هل طلقها أم لا؟ لم يكن عليه شيء**).

يعني: من غير أن يستند إلى أصل.

---

(١) «جامع الأمهات» (ص/ ٢٦٨).

(٢) سقط من ب.

(٣) «البيان» (٥/ ٤٢٩، ٤٣٠).

باب: الشهادة في الطلاق

فصل: في اختلاف الشاهدين على الطلاق في الزمان والمكان:

وإذا شهد رجلان عدلان على رجل بطلاق امرأته في زمانين أو مكانين مختلفين ضمت شهادتها عليه ولزمه الطلاق بها إذا اتفقا على عدده، فإن اختلفا في عدده فشهد أحدهما على واحدة، والآخر على اثنتين ثبت

باب: الشهادة في الطلاق

قوله: (قال: وإذا شهد رجلان على رجل بطلاق امرأته في زمنين أو مكانين مختلفين [تمت][1] شهادتها عليه ولزمه الطلاق بهذا إذا اتفقا على عدده).

ما ذكره هو المشهور.

قال ابن رشد[2]: في رسم العرية من سماع عيسى من ثاني شهادات «البيان»: تلفيق الشهادة على أربعة أوجه:

وجه: تلفق فيه اتفاقًا وهو إذا اتفق اللفظ والمعنى.

يعني: كما قال فيها: إذا شهد أحدهما بالبتة، [والأخرى][3] بقوله: أنت عليّ حرام، لزمه الثلاث وعكسه عكسه.

ووجه: اختلف فيه والمشهور ألَّا تلفق خلافًا لابن الماجشون وأصبغ، وهو أن يختلف اللفظ والمعنى، ويتفق على ما يوجبه الحكم.

ووجه اختلف فيه، والمشهور: أنها تلفق وهو أن يتفق اللفظ ويختلف في الزمان والمكان يعني كما قال فيها: وإن شهد أحدهما أنه طلقها يوم الخميس بمصر في رمضان، وشهد الآخر أنه طلقها يوم الجمعة بمكة في الحجة طلقت عليه.

قوله: (فإن اختلفا في عدده فشهد أحدهما على واحدة، والآخر على اثنتين ثبتت

---

(١) في ب: صمت.

(٢) «البيان» (٥/ ٢٧٣)، و«الأجوبة» (١/ ٤٠٣).

(٣) في ب: والآخر.

بشهادتها واحدة، وحلف الزوج على نفي الأخرى فإن حلف برئ منها، وإن نكل ففيها **روايتان:**

إحداهما: أنها تلزمه تطليقة أخرى.

والأخرى: أنها لا تلزمه إلاّ تطليقة واحدة بشهادتها، ويحبس حتى يحلف على الأخرى فإن طال حبسه ترك.

فصل: في اختلاف الشاهدين في صفة الفعل المتعلق به الطلاق:

ولو شهد أحدهما أنه علق طلاقها بفعل وأنه فعله، وشهد الآخر أنه علق طلاقها بفعل آخر وأنه فعله، لم تضم شهادتها ولم يلزمه الطلاق بها؛ لان الشهادة على الأقوال مضمومة، والشهادة على الأفعال مفرقة غير مضمومة إلاّ أن يثبت على فعل واحد شاهدان.

فصل: اختلاف الشاهدين في عدد التطليقات:

ولو شهد أحدهما أنه طلقها اثنتين وشهد الآخر أنه طلقها ثلاثًا، لزمه

بشهادتها واحدة وحلف الزوج على نفي الأخرى فإن حلف برئ منها).

[يعني: ومنع منها حتى يحلف كما صرح به فيها .

قوله:](1) **(وإن نكل ففيها روايتان:**

إحداهما: أنه يلزمه طلقة أخرى.

والرواية الأخرى: أنه لا يلزمه إلا تطليقة واحدة بشهادتها ويحبس حتى يحلف على الأخرى فإن طال حبسه ترك.

ولو شهد أحدهما أنه علق طلاقها بفعل، وأنه فعله وشهد الآخر أنه علق طلاقها بفعل آخر وفعله لم تضم بشهادتها ولا يلزمه الطلاق بها لأن الشهادة غير الأقوال مضمونة والشهادة على الأفعال غير مضمونة إلا أن يثبت على فعل واحد شاهدان.

ولو شهد أحدهما أنه طلقها اثنتين، وشهد الآخر أنه طلقها ثلاثًا لزمه ....

---

(١) سقط من أ .

بشهادتهما اثنتان وحلف على الثالثة، فإن حلف على الثالثة برئ منها، وإن نكل عنها لزمته في إحدى الروايتين، ولو شهد أحدهما أنه طلقها واحدة، وشهد الآخر أنه طلقها البتة لزمه بشهادتهما واحدة وأحلف على الاثنتين الزائدتين.

فصل: في وجوب المبادرة بالشهادة عند الحاكم في حقوق الله مثل الطلاق والعتاق:

وإذا سمع رجل رجلاً يطلق امرأته أو يعتق عبده أو أمته لزمهما أن.................

بشهادتهما اثنتان وحلف على الثالثة فبرئ منها أو نكل عنها فلزمته في إحدى الروايتين).

وزاد فيها رواية ثالثة: بأنه يسجن أبدًا .

وفي المسألة قول رابع لبعض أصحابه: أنه إذا نكل دين وتبقى له زوجة.

وظاهر قوله: «**إنه يسجن أبدًا**» أنه لا يدخل عليه الإيلاء، وهو قول أبي عمران.

وقال ابن نافع: يدخل عليه، وَحَسَّنَه بعض الشيوخ بحمل قولها على أن المرأة لم تقيم عليه بحقها في الوطء .

وإذا فَرَّعْنَا على الرواية الثانية من نقل الشيخ فاختلف في مقدار سجنه:

فقيل: سنة.

قال المتيطي: وعليه العمل.

وقيل: إن ذلك يرجع إلى اجتهاد الحاكم.

ابن يونس(١): قال بعض فقهائنا: ولو كان حدث شاهدًا آخر بعد أن حلف فإنه يطلق مع الأول.

قوله:(ولو شهد أحدهما أنه طلقها واحدة وشهد الآخر أنه طلقها البتة لزمه بشهادتهما واحدة وحلف على الاثنتين الزائدتين).

يقوم من كلام الشيخ: أن البَتَّة تتبعض .

ومن يقول: إنها لا تتبعض، لا يلزمه شيء، ويحلف على تكذيب كل واحدة منهما، وهو نص مالك في «الواضحة».

قوله: (وإذا سمع شاهدان رجلًا يطلق امرأته أو يعتق عبده أو أمته لزمهما أن

---

(١) «الجامع» (٤/ ٥٧٧).

يشهدا بذلك عند الحاكم وإن لم يشهدهما المطلق أو المعتق على نفسه، وسواء ادعت ذلك الزوجة أو العبد أو لم يدعياه؛ لأنه من حقوق الله عز وجل.

فصل: في الشهادة في حقوق الناس بطلب من أحد الخصمين:

ولو سمعاه يقر لرجل بحق من الحقوق كلها جاز لهما أن يشهدا عليه بذلك لخصمه إن سألهما إقامة الشهادة عليه عند إنكاره، وإن لم يكن المقر أشهدهما على نفسه بذلك.

يشهدا بذلك عند الحاكم وإن لم يشهدهما المطلق أو المعتق على نفسه، وسواء ادّعت ذلك الزوجة أو العبد أو لم يدعياه لأنه من حقوق الله عز وجل).

ما ذكره لا أعرف خلافه، ولا يتخرج خلافه من أحد القولين في المقر بشيء لا يشهد عليه حتى يقول: اشهد عليّ؛ لأن الحق هنا لله عزّ وجلّ كما قال الشيخ: والحق في المال للآدمي وحق الله آكد.

قوله: (ولو سمعاه يقر لرجل بحق من الحقوق كلها جاز لهما أن يشهدا عليه بذلك لخصمه إذا سألهما إقامة الشهادة عليه عند إنكاره وإن لم يكن المقر أشهدهما على نفسه بذلك).

يعني: إذا استوعب كلامه .

قال فيها[1]: وسمعته يقول فيمن مر برجلين يتكلمان في أمر فسمع منهما أمرًا ولم يشهداه، ثم يطلب أحدهما تلك الشهادة، قال: لا يشهد.

قال ابن القاسم: إلا أن يستوعب كلامهما من أوله فليشهد وإلا فلا؛ إذ قد يكون قبله كلام يبطله أو بعده.

وأكثر الشيوخ على أن قول ابن القاسم تفسير لا خلاف.

واختلف إذا وقع التوافق على أن من حضر بينهما لا يشهد عليهما.

فقال ابن الماجشون: يوفى بالشرط فلا يشهد من حضر بينهما.

وفيها في «كتاب الحدود»[2]: يعذر الشاهدان إليهما ولا يعجلان فإن تماديا على

---

(١) «التهذيب» (٤/ ٤١٢).

(٢) «التهذيب» (٤/ ٤١٣).

فصل: الشهادة على شهادة الشاهدين:

ولو سمع شاهدان شاهدين يخبران أن رجلاً بعينه أقر عندهما بحق لغيره وأشهدهما بذلك على نفسه لم يجز لهما أن يشهدا على شهادة الشاهدين المخبرين إلاّ أن يكونا أشهداهما على شهادتهما بخلاف الإقرار بالحقوق.

فصل: الشهادة واليمين في الطلاق:

وإذا ادَّعت المرأة الطلاق على زوجها لم يحلف بدعواها، فإن أقامت على ذلك شاهدًا واحدًا لم تحلف مع شاهدها، ولم يثبت الطلاق على زوجها لكن يحلف لها زوجها.

الجحد فليشهدا عليهما، وهذا هو المشهور.

وكان شيخنا - حفظه الله تعالى - يعمل على القول الأول لاضطراره للصلح بين الناس بمدينة تونس، وعلم ذلك منه فَكَثُرَ صلح الناس على يديه.

قوله: (**ولو سمع شاهدان شاهدين يخبران رجلًا بعينه أقر عندهما بحق لغيره أو أشهدهما بذلك على نفسه لم يجز لهما أن يشهدا على شهادة الشاهدين المخبرين إلا أن يكونا أشهداهما على شهادتهما بخلاف الإقرار بالحقوق**).

يريد: وكذلك إذا رأياهما يؤديان الشهادة على المشهور.

قوله: (**وإذا ادعت المرأة الطلاق على زوجها لم يحلف بدعواها فإن أقامت على ذلك شاهدًا واحدًا لم تحلف مع شاهدها، ولم يثبت الطلاق على زوجها ولكن يحلف لها زوجها**).

قال فيها[1]: ولا ينفعها مرافعته ولا يمين عليه.

ولا أعرف خلافه في المذهب، ولا يتوهم معارضتها بقول «نكاحها الثاني»[2]: إذا ادعت المرأة أن زوجها عِنِّين فإنه يحلف لها مع أن دعوى العنة ليسري إلى الطلاق؛ لأنه ليس سبيل ما يسري إلى الطلاق سبيل الطلاق نفسه، وإنما دعواها العِنَّة

---

(١) «التهذيب» (٢/ ٣٧٠).

(٢) «التهذيب» (٢/ ٢٢١).

فإن حلف برئ من دعواها، وإن نكل عن اليمين ففيها **روايتان:**

إحداهما: أنها تطلق عليه بالشاهد، والنكول؛ لأنهما أقوى من الشاهد واليمين لكونهما سببين من جهتين مختلفتين.

والرواية الأخرى: أنه إذا نكل عن اليمين حبس، فإن طال حبسه تُرِك،......

ومطالبتها إياه بالوطء كمطالبتها إياه بالنفقة والكسوة، قاله ابن محرز.

وقال أبو إبراهيم: لم لا ترافعه، ولعله ممن يرى إخلافه بمجرد الدعوى، وهي مسألة اختلف فيها كما قال في «الأقضية» فيمن عرف خطه ولم يذكر الشهادة: أنه يؤديها كما قد علم ثم لا تنفع الطالب، أي عنده، ولعله ممن يرى جوازها.

قلت: [ليس] (١) في قولها ما يدل على أنها لا ترافعه إلى القاضي، وإنما أخبر أنه لا ينفعها إذا رفعته فيحمل قولها على مرافعتها ولا ينفعها ذلك .

ومحمل قول أبي إبراهيم: اختلف فيها خارج المذهب، والله أعلم.

قوله: (**فإن أقامت على ذلك شاهدًا واحدًا لم تحلف مع شاهدها ولم يثبت الطلاق على زوجها ولكن يحلف لها زوجها فإن حلف برئ من دعواها، وإن نكل عن اليمين ففيها روايتان:**

إحداهما: أنها تطلق عليه بالشاهد والنكول لأنه أقوى من الشاهد واليمين، لكنهما سببين من جبهتين مختلفتين، والرواية الأخرى أنه إذ نكل عن اليمين حبس فإن طال حبسه ترك).

وأما لو زعمت أن لها بينة بطلاقه فحكى القاضي محمد بن بشير: أنه يوقف عنها يومًا أو يومين.

وقال غيره: ثمانية أيام، فإن [أثبتت](٢) دعواها حكم لها بعد الإعذار إليه وإلا ردت إليه.

ولو أقامت بذلك عدلًا وطمعت بغيره فسح لها في الأجل، فإن لم تقدر على سواه

---

(١) سقط من أ .

(٢) في ب: أثبت .

وعلى المرأة أن تمتنع منه، ولا تظهر له زينة وتمنعه نفسها فلا يصيبها إلا مكرهة.

أحلفته.

قوله:(وعلى المرأة أن تمتنع منه ولا تظهر له وتمنعه نفسها فلا يصيبها إلا مكرهة).

قال في «التهذيب»[(١)]: ولا تتزين له ولا يرى لها شعرًا ولا وجهًا إن قدرت ولا يأتيها إلا كارهة.

ابن عبد السلام: قول من قال: لا يأتيها إلا وهي مكرهة، أحسن من قوله فيها: إلا كارهة؛ إذ لا تنفعها كراهيتها لإتيانه لها إنما تنفعها أن تكون مكرهة.

قلت: قال بعض شيوخنا[(٢)]: أحسن من قوله فيها صوابه في «التهذيب» إذ هو [لفظها][(٣)] إذ لفظها «وهي كارهة ولا تطاوعه»، فالمتعقب إنما هو اقتصار البراذعي على «كارهة» لا لفظها لزيادة : «ولا تطاوعه».

وعارض بعضهم قولها بقولها في «كتاب الظهار»[(٤)]: «وجائز أن ينظر إلى وجهها وقد ينظر غيره إليه».

ويجاب بوجهين:

أحدهما: أن تلك [زوجة][(٥)] فأمرها أخف، وفي هذه هي تعلم أنها لا ترثه إن مات.

الثاني: قول ابن محرز: إنما منعه من رؤية وجهها بقصد اللذة كالأجنبي لا لغير اللذة إذ وجه المرأة عند مالك وغيره ليس بعورة[(٦)].

وقد قال في «الظهار»[(٧)]: وقد يرى غيره وجهها.

---

(١) «التهذيب» (٢/ ٣٧٠).

(٢) «مختصر ابن عرفة» (٦/ ٢١٤) .

(٣) في ب: لفظه .

(٤) «التهذيب» (٢/ ٢٦٦).

(٥) في ب: زوجها .

(٦) انظر : «التنبيهات» (٢/ ٨٠٥)

(٧) «التهذيب» (٢/ ٢٦٦). .

فصل: فيمن تأخر علمها بموت زوجها أو طلاقه لها:

ومن طلق امرأته أو مات عنها فتأخر علمها بموته أو طلاقه حتى مضى لها مقدار العدة، ثم قامت البينة بعد ذلك على موته أو طلاقه لم تلزمها عدة مؤتنفة، ولو قامت بذلك، وقد مضى لها مقدار بعض العدة بنت على ما مضى بعد موته أو طلاقه حتى تتم العدة، ولا تبتدئها من يوم قامت البينة.

❋ ❋ ❋

قال محمد: [ولتفتدي][1] منه بما قدرت، ولو بشعر رأسها وتقتله إن خفي لها كغاصب المال .

يريد: كالعادي والمحارب.

وقال سحنون: لا يحل لها قتله ولا قتل نفسها أكثر ما عليها الامتناع ولا يأتيها إلا مكرهة.

قوله: (ومن طلق امرأة أو مات عنها فتأخر علمها بموته أو طلاقه حتى مضى لها مقدار العدة ثم قامت البينة بعد ذلك على موته أو طلاقه لم يلزمها عدة موته.

ولو قامت البينة لذلك وقد مضى لها مقدار بعض العدة بنت على ما مضى بعد موته وطلاقه حتى تتم العدة ولا تبتدئها من يوم قامت البينة).

ظاهره: لو لم تقع البينة وإنما أقر أنه كان طلقها منذ كذا فإنه لا يعمل على قوله، وإنما تعتد من حين إقراره، وهو كذلك.

❋ ❋ ❋

باب: الطلاق على المفقود

فصل: في الطلاق على المفقود:

وإذا فقد الرجل عن المرأة فانقطع خبره، ولم يعرف مكانه، واختارت المرأة فراقه ورفعت أمرها إلى الحاكم، ضرب الحاكم لها أجلاً أربع سنين بعد أن يفحص عن أخباره ويسأل عن آثاره.

باب: الطلاق على المفقود

قال: (وإذا فقد الرجل عن امرأته فانقطع خبره ولم يعرف مكانه واختارت المرأة فراقه ورفعت أمرها إلى الحاكم ضرب الحاكم لها أجلًا أربع سنين بعد أن يفحص عن أخباره يسأل عن آثاره).

قال بعض شيوخنا[1]:المفقود:من انقطع خبره ويمكن الكشف عنه، فيخرج الأسير.

وما ذكر الشيخ أن ضرب الأجل بعد الفحص عنه هو قولها وهو المشهور.

وقيل: من يوم الرفع، رواه ابن عبد الحكم.

وظاهر كلام الشيخ: أنه لا يشترط في ضرب الأجل قاضي الجماعة، وهو قولها في «ثاني نكاحها»[2]: ويجوز ضرب ولاة المياه وصاحب الشرطة الأجل للعنين والمفقود.

وهو المشهور أيضًا.

وقيل: لا يجوز في ذلك سلطان غير الخليفة الذي تمضي كتبه في الدنيا، قاله ابن الماجشون، وأبو مصعب، وعليه يحمل قول سحنون: لا يضرب أجله إلا من تنفذ كتبه في البلدان.

ولذلك قال فضل: مثل قاضي الجماعة بقرطبة والقيروان لا قاضي كورة الأندلس وإفريقية.

ويتبادر للذهن أن قول «نكاحها» معارض لقول [قسمتها][3][4]: لا يقسم بين

---

(١) «مختصر ابن عرفة» (٧/ ٧٨) .

(٢) «المدونة» (٢/ ٣٠).

(٣) في ب: قسمها .

(٤) «التهذيب» (٤/ ١٩٣).

ثم يأمرها أن تعتد عدة الوفاة أربعة أشهر وعشرًا، ثم تتزوج بعد ذلك إن شاءت ويكون فراقها لزوجها الأول طلاقًا وتلزمه الفرقة بنكاحها لغيره من غير لفظ توقعه هي أو يوقعه الحاكم عليها.

الورثة وأحدهم غائب إلا القاضي لا صاحب الشرطة؛ لأنه جعل في النكاح صاحب الشرطة يحكم في الفروج فأحرى أن يكون كذلك في الأموال.

وعلى الأول قبض الشيخ أبو الحسن القابسي وأبو عمران وغيرهما من القرويين على أن [صاحب البلد يتنزل](١) منزلة القاضي عند عدمه، حكاه المتيطي.

ويريد الشيخ: إذا كان المفقود حرًّا، وأما لو كان عبدًا فإنه يؤجل سنتين خاصة لتصريحها بذلك.

ووجدت بخطي ولا أدري الآن من أين نقلته قولًا بأن أجله كالحر(٢)، وهو الصواب؛ لأنه [بعد](٣) ذكره من الحر.

قوله: (ثم يأمرها أن تعتد عدة الوفاة منه أربعة أشهر وعشرًا ثم تتزوج بعد ذلك إن شاءت ويكون فراقها لزوجها الأول طلاقًا).

ما ذكر من قوله أمرها خلاف قولها(٤): «ثم تعتد هي بعد ذلك دون أمر الإمام [كعدة](٥) الوفاة كان قد بنى بها أم لا».

قوله: (وتلزم الفرقة بنكاحها من غير لفظ توقعه هي أو الحاكم عليها).

ظاهره: بالعقد، وهو كذلك.

وقيل: بالدخول وهما جاريان على الخلاف في فوتها عليه حسبما يقوله الشيخ بعد.

وقيل: إنما تقع عليه يوم أبيحت للأزواج ويكشف ذلك العقد والدخول.

---

(١) في ب: صالحي البلد يتنزلون.

(٢) قلت: هذا قول ابن عبد السلام، صَرَّح به خليل في «التوضيح».

(٣) في أ: هل.

(٤) «التهذيب» (٢/ ٤٢٩).

(٥) في ب: عدة.

فصل: في الصداق في الطلاق على المفقود:

قال: فإن كان فقدها لزوجها قبل الدخول بها أعطيت نصف صداقها، فإن ثبتت بعد ذلك وفاته أكمل لها الصداق، وكذلك إن مضى عليه من الزمان ما لا يحيا بمثله، دفع إليها بقية صداقها، وقد قيل: يدفع إليها الصداق كله، فإن جاء بعد ذلك زوجها حيًّا رجع عليها بنصفه، وقد قيل: إنه لا يرجع عليها بشيء، وإن فقدته بعد الدخول بها ولم تكن قبضت صداقها دفع إليها الصداق كله.

قال ابن رشد[1]: وفائدة هذا الخلاف إذا كان الزوج قد طلقها قبل أن يفقد طلقتين ثم فقد فأجل واعتدت، ثم تزوجت وقدم زوجها الأول بعد أن دخل بها هل يحلها هذا الزوج لزوجها القادم أم لا؟

فمن قال: إن الطلقة الثالثة وقعت عليه بدخول الزوج الثاني بها لم ير أن يحلها للأول إلا زوج ثان، وإلى هذا ذهب ابن حبيب.

ومن قال: إن الطلقة الثالثة وقعت عليه يوم أبيحت للأزواج وكشف دخول هذا الزوج بها أو عقده عليها رأى أنه يحلها، وإلى هذا ذهب أشهب، وهو الصواب.

قوله: (**فإن كان فقدها لزوجها قبل الدخول بها أعطيت نصف صداقها، فإن ثبت بعد ذلك وفاته أكمل لها صداقها، وكذلك إن مضى عليه من الزمان ما لا يحيى إلى مثله دفع إليها بقية صداقها.**

وقد قيل: **يدفع إليها الصداق كله، فإن جاء بعد ذلك زوجها حيًّا رجع عليها بنصفه.**

وقد قيل: **لا يرجع عليها بشيء، فإن فقدته بعد الدخول بها ولم تكن قبضت صداقها دفع إليها صداقها كله**).

بالقول الأول قال عبد الوهاب[2]، والأخيران كلاهما لمالك، وإلى الثاني منهما

---

(١) «المقدمات» (١/ ٥٣٠).

(٢) «التلقين» (١/ ١٢٣)، و«المعونة» (٢/ ٨٢٣).

ولامرأة المفقود النفقة من مال زوجها في الأربع سنين، ولا نفقة لها في العدة التي تعتدها.

فصل: في امرأة المفقود إذا قدم زوجها وقد تزوجت بعده:

وإذا تزوجت امراة المفقود، وقد تزوجت بعد عدتها، ثم قدم زوجها الأول

رجع، وبالأول منهما قال أصبغ وابن المواز.

قوله: (ولامرأة المفقود النفقة في مال زوجها في الأربع سنين ولا نفقة لها في العدة التي تعتدها).

قال المتيطي: إنما ينفق على امرأته بعد حلفها أنه لم يترك لها نفقة ولا كسوة ولا أرسل إليها بشيءٍ فوصلها وعلى صغار بنيه وأبكار بناته بعد ثبوت بنوتهم، ولا مال لهم في علم شاهديه، وينفق على أم ولده بعد ثبوت أنها أم ولد بيمينها.

وظاهر كلام الشيخ: وإن كانت الزوجة غير مدخول بها وهو المشهور.

وقال المغيرة: لا نفقة لها؛ لأني لا أدري ما عنده وما حاله في غيبته إلا أن يكون فرض لها قبل ذلك فكالمدخول بها فرأى أنه شك في مقتضى لا في [مانع][(١)]، ونحوه في «السليمانية».

ورأى الشيخ أبو الحسن: أنه الآتي على مذهبها؛ لأنها لا يجب عليه إلا عند مطالبته بالدخول وبعقده عدم ذلك.

وقال ابن رشد[(٢)]: الصواب الأول قياسًا على الغائب، ولم يختلف أن الغائب غيبة بعيدة يفرض لزوجته النفقة في ماله إن سألت ذلك قبل الدخول.

وإنما اختلف في الغيبة القريبة ويدخل قول الشيخ من مال زوجها الأصول، [وهو][(٣)] كذلك.

قوله: (وإذا تزوجت امرأة المفقود بعد عدتها ثم قدم زوجها الأول

---

(١) في أ: منع.

(٢) «البيان» (٥/ ٤٠٩).

(٣) في ب: وهي.

قبل دخول الثاني بها، ففيها روايتان:

إحداهما: أن الأول أحق بها.

والأخرى: أن الثاني أحق بها.

فصل: في زوجة الأسير عند المشركين والمفقود في المعركة:

ومن أسره المشركون لم يجز لامرأته أن تتزوج حتى يثبت موته أو فراقه.

قبل الأول الثاني بها ففيها روايتان:

إحداهما: أن الأول أحق بها.

والأخرى: أن الثاني أحق بها، فإن دخل بها الثاني فهو أحق بها، ولا سبيل للأول إليها، فإن طلقها الثاني أو مات عنها ثم نكحها الأول كانت عنده على تطليقتين ولزمه بنكاحها تطليقة واحدة).

حاصل ما ذكره: إن دخل بها الثاني فهو أحق بالاتفاق من قوليه، وإن لم يدخل بها فهو محل الخلاف، وإلى الأول من نقلي الشيخ رجع، وبه أخذ ابن القاسم وأشهب، وبالمرجوع عنه أخذ المغيرة، والجميع فيها[1].

ويتحصل في المسألة أربعة أقوال:

هذان قولان:

قال المتيطي: قول ابن القاسم هو المشهور، وبه القضاء.

وقيل: إذا قدم بعد عدتها فلا سبيل له إليها وإن لم تتزوج، نقله ابن عيشون عن ابن نافع، ولم يحفظه اللخمي له، بل اختاره.

قال: ويتخرج أنه أحق ولو دخل بها.

الثاني: من أحد الأقوال في الكتابية تُسْلِم وتتزوج ثم يثبت الأول أنه أسلم قبلها أو في عدتها.

قال ابن راشد[2]: وفيه نظر؛ لأن امرأة المفقود اجتهد لها الحاكم بعد الكشف وضرب الأجل وأذن لها في النكاح بخلاف النصرانية تسلم.

قوله: (ومن أسره المشركون لم يجز لامرأته أن تتزوج حتى يثبت موته أو فراقه).

---

(١) «التهذيب» (٢/ ٤٢٩).

(٢) «لباب اللباب» (ص/ ١٣٦).

ومن فقد في معركة كان فيها قتل، فلم يعلم خبره اجتهد الحاكم في أمره فإن غلب على ظنه فيما يتأدى إليه من الأخبار عنه أنه هلك، أذن لامرأته في النكاح بعد العدة.

يعني: إذا كان له مال ينفق عليها منه.

ويريد بقوله: «**أو موته**» إما حقيقة وإما حكمًا بأن يأتي عليه من الزمان ما لا يحيى إلى مثله لتصريح ابن رشد[(١)] بذلك.

ويعني بقوله: «حتى يثبت فراقه» إما بطلاقه وإما بتنصره طائعًا أو لا يعلم طائعًا أو مكرهًا.

وما ذكرناه من حمل تنصره على الطوع هو قولها[(٢)].

وروى عليّ عن مالك: أنه محمول على الإكراه؛ لأنه الغالب من حال المسلم.

واختلف إذا ثبت أنه تنصر مكرهًا بعد أن تزوجت هل يكون الثاني أحق بها أو ترد إلى الأول على قولين لابن القاسم وأصبغ.

قوله: (ومن فقد في معركة كان فيها قتل فلم يعلم خبر اجتهد الحاكم في أمره، فإن غلب على ظنه فيما يتأدى إليه من الأخبار عنه أنه هلك أذن لامرأته في النكاح بعد العدة).

يعني: يَتَلَوَّم له بقدر [انصراف][(٣)] من هرب أو انهزم، وهو كذلك.

وقيل: يحكم بقتله في زوجته وماله من يوم المعركة، وهذا إذا كان القتال في فتن حرب المسلمين.

وأما في المفقود في صَفّ المسلمين في قتال العدو ففيه أربعة أقوال:

فقيل: إنه كالأسير، قاله مالك في رواية ابن القاسم.

وقيل: يحكم له بحكم المقتول بعد أن يتلوم له سنة من يوم ترفع أمره إلى السلطان، ثم تعتد امرأته، وهو قول مالك في رواية أشهب.

---

(١) «البيان» (٥/ ٤١٠).

(٢) «التهذيب» (٢/ ٢٥٤).

(٣) سقط من أ .

❁ ❁ ❁

وقيل: حكمه كالمفقود بأرض الإسلام في كل أحكامه، فيضرب له أجل أربعة أعوام، ثم تعتد امرأته وتتزوج ولا يقسم ماله حتى يأتي عليه من الزمان ما لا يحيى إلى مثله.

وقيل: كمقتول في الزوجة تعتد بعد التلوم وبحكم المفقود في ماله، قاله أحمد بن خالد، وتأول رواية أشهب.

قال اللخمي: [ويحمل][1] من فقد في بلده في زمن الطاعون أو في بلد يتوجه إليه وفيه الطاعون على الموت لقول مالك في ناس أصابهم بطريق حجهم سعال يموت الرجل من سره ولم يأت لهم خبر موت ولا حياة: تتزوج نساؤهم ويقسم مالهم، وكذا شأن البوادي ينتجعون في الشدائد من ديارهم إلى غيرها من البوادي ثم يُفقدون أنهم على حال الموت.



(١) في أ: ومحمد .

باب: الطلاق قبل الملك بشرط التزويج

فصل: في الطلاق قبل النكاح:

ومن قال لامرأة أجنبية: أنت طالق إن تزوجتك فتزوجها لزمه طلاقها، فإن عاد فتزوجها مرة ثانية لم تطلق عليه .

باب: الطلاق قبل الملك بشرط التزويج

قوله: (ومن قال لامرأة أجنبية: أنت طالق إذا تزوجتك فتزوجها لزمه طلاقها، فإن عاد مرة ثانية لم تطلق عليه).

ظاهره: أنه يفسخ ولو دخل، وهو كذلك على ظاهرها، وهو المشهور، صَرَّحَ به ابن رشد[١].

وفي المسألة خمسة أقوال:

أحدها: هذا.

وقيل: يجوز نكاحها ابتداء، قاله مالك في «مختصر ما ليس في المختصر».

وقيل: يمضي بالبناء، قاله ابن القاسم في «العتبية»، وكلاهما حكاه اللخمي.

وقيل: يمضي بالعقد، حكاه ابن عبد البر[٢] في سماع أبي زيد ابن القاسم.

والأول هو الصحيح؛ لأنه في «العتبية» من سماع أبي زيد كما قال اللخمي.

وقيل: بالوقف، وهو آخر قول ابن القاسم.

وعارض اللخمي في «كتاب الشفعة» قولها بقولها[٣]: «من أسقط الشفعة قبل الشراء لا يلزمه» فَخَرَّجَ من هنا قولًا في الشفعة بلزوم إسقاطها.

وفي «أجوبة ابن رشد»[٤]: الفرق بينهما أن الطلاق حق لله لا يملك المطلق رده

---

(١) «البيان» (٦/ ١١٤).

(٢) «الاستذكار» (٦/ ٤١).

(٣) «التهذيب» (٤/ ١٣٥).

(٤) «مسائل ابن رشد» (٢/ ٧٩١).

ولو قال لها: كلما تزوجتك فأنت طالق، طلقت عليه كلما تزوجها، فإن طلقها ثلاثًا في ثلاثة أنكحة حرمت عليه، ولم تحل له حتى تنكح زوجًا غيره.

فإذا تزوجها بعد زوج، طلقت عليه أيضًا، وتكرر ذلك عليه أبدًا في كل نكاح ينكحها، قبل زوج أو بعده.

[إن وقع](١)، ولو رضيت المرأة برده إذ ليس بحق لها، وإسقاط الشفعة إنما هو حق له لا لله يصح له الرجوع فيه برضا المشتري فلا يلزم إلا بعد وجوبه، وكثيرًا ما يقع ويسأل عنه.

أما إذا قيل له: تزوج فلانة. فيقول: هي عليّ حرام، أو: هي طالق ثلاثًا، فأفتى شيخنا أبو محمد عبد الله الشبيبي- رحمه الله تعالى - بلزوم ذلك، وكأنه قال: إن [تزوجتها فهي عليّ](٢)، كما ذكره.

وبه أفتى غير واحد من التونسيين.

وأفتى الشيخ القاضي أبو عليّ بن قداح بتونس بعدم اللزوم.

وَاَعْتَلَّ بأن العامة لا تعرف هذا التعليق؛ إذ لا تعرف أن تعبر عنه.

وكان شيخنا أبو مهدي - رحمه الله تعالى - يعجبه قوله ويميل إليه، وكان شيخنا -حفظه الله تعالى - يميل للأول ويعتل بأنها وإن لم تعرف التعبير عنه فتعرف معناه.

وكان بعض شيوخنا يفتي بجامع الزيتونة بتونس بلزومه، ويذكر للسائل أن بعض المتأخرين أفتى بعدمه مشيرًا للرخصة في ذلك.

قوله: (**ولو قال لها: كلما تزوجتك فأنت طالق طلقت كلما تزوجها، فإن طلقها ثلاثًا في ثلاثة أنكحة حرمت عليه ولم تحل له حتى تنكح زوجًا غيره، فإذا تزوجها بعد زوج طلقت عليه أيضًا، وتكرر ذلك [عليه](٣) أبدًا في كل نكاح ينكحها، قبل زوج أو بعده**).

---

(١) سقط من ب.

(٢) في ب: تزوجها فهي عليه .

(٣) في ب: عليها .

فصل: في الطلاق قبل النكاح المعلق ببلد أو طائفة أو أجل:

ولو قال: كل امرأة أتزوجها في بلد كذا أو كذا فهي طالق فتزوج من ذلك البلد امرأة فطلقت عليه، ثم عاد فتزوجها ثانية، طلقت عليه في الحال بخلاف المرأة المعينة.

ما ذكر مثله فيها[١]، ولا خصوصية لكلامهما.

وما شهد له العرف فإنه يدل على التكرار كما إذا حلف لا يترك الوتر فإنه يتكرر بتكرر الحنث على الصحيح.

ابن الحاجب[٢]: وفي «متى ما» اضطراب، وفي التحقيق لا فرق بين «متى ما» و«كلما» في عرفنا اليوم، ولعل قول مالك فيها بعدم التكرار إذا لم تكن له نية لعرف أهل المدينة حينئذٍ.

قال ابن عبد السلام: وما ذكره من الاضطراب لم أقف عليه للمتقدمين إلا أن من المتأخرين من رأى المساواة.

واختلف في «أن» على طريقين:

فقال ابن حارث: اتفقوا فيها على عدم التكرار.

وقال ابن رشد[٣]: لم يختلف قول ابن القاسم أنه لا يتكرر .

ثم قال: وقيل: يتكرر، وهو الآتي على قول مالك في مسألة الوتر، إذا حلف لا يتركه فإنه يتكرر بتكرار الحنث.

قوله: (ولو قال: كل امرأة أتزوجها من بلد كذا أو كذا فهي طالق، فتزوج من ذلك البلد امرأة فطلقت عليه، ثم عاد فتزوجها ثانية طُلِّقت عليه أيضًا [في الحال][٤] **بخلاف المرأة المعينة).**

يعني: بالمعينة إذا قال: إن تزوجت فلانة فهي طالق، فإنه لا يتكرر، وتقدم الآن ما فيه.

---

(١) «المدونة» (٢/ ٦٤)، و«التهذيب» (٢/ ٢٩٠).

(٢) «جامع الأمهات» (ص/ ٢٣٦).

(٣) «البيان» (٦/ ١١٧).

(٤) سقط من ب.

ومن قال: كل امرأة أتزوجها من آل فلان أو من بلد كذا وكذا أو إلى أجل كذا وكذا - وذكر أجلاً يبلغه عمره - فهي طالق، لزمه الطلاق في ذلك كله.

فصل: في الطلاق قبل النكاح المعلق بالنساء كلهن أو الثيب كلهن أو الأبكار كلهن:

وإن قال: كل امرأة أتزوجها من الناس كلهم فهي طالق لم يلزمه شيء......

قوله: (ومن قال: كل امرأة أتزوجها من آل فلان، أو من بلد كذا، أو إلى أجل كذا، فذكر أجلًا يبلغه عمره فهي طالق لزمه الطلاق في ذلك كله).

ما ذكره مثله فيها[(١)].

واختلف إذا قال: كل من أتزوج من قرطبة أو القيروان طالق، ولا نية في الغاية على خمسة أقوال:

فقيل: لا يلزمه إلا في القرية [وأرياضها][(٢)]، قاله سحنون.

وقيل: يلزمه في حد ما لا يقصر فيه الخارج ويتم عند وصوله، قاله أصبغ.

وقيل: يلزمه في مقدار ما يجب فيه السعي إلى الجمعة، قاله ابن القاسم.

وقيل: باعتبار ما لا يفطر فيه [المسافر][(٣)]، قاله ابن الماجشون وغيره.

وقيل: يلزمه في جميع عملها قاله ابن كنانة في نقل ابن رشد.

وفيها: إن خشي [العنت][(٤)] في التأجيل وتعذر التسري نكح ولا شيء عليه.

وما ذكره هو الذي رجع إليه مالك، وكان يقول: لا يتزوج ولو خشي [العنت][(٥)]، وهو قول ابن وهب وأصبغ وسحنون.

ابن عبد السلام: وينبغي أن ينظر في مرادهم هنا [بالعنت][(٦)] هل هو خوف الوقوع في الزنا أو حصول المشقة كما قيل في نكاح الأمة.

قوله: (ولو قال: كل امرأة أتزوجها من الناس كلهم فهي طالق لم يلزمه شيء.

---

(١) «المدونة» (٢/ ٧٢)، و«التهذيب» (٢/ ٣٥٠).

(٢) في ب: وإن بأرضها.

(٣) في ب: الصائم.

(٤،٥) في ب: العنة.

(٦) في ب: بالعنة.

ولو قال: كل ثيب أتزوجها فهي طالق لزمه ذلك، وكذلك لو قال: كل بكر أتزوجها فهي طالق، ثم قال بعد ذلك: وكل ثيب أتزوجها فهي طالق، لزمه ذلك في الأبكار ولم يلزمه في الثيب وقد قيل: يلزمه اليمينان جميعًا، قاله ابن القاسم وقال عبد الملك: تلزمه اليمين الأولى ولا تلزمه اليمين الثانية؛ لأنه قد عمم بها النساء كلهن.

ولو قال: كل ثيب أتزوجها فهي طالق لزمه ذلك، وكذلك لو قال: كل بكر أتزوجها فهي طالق).

ما ذكره هو المنصوص.

وخرّج بعضهم لزومه من القول الثاني في المسألة التي يقول الشيخ بإثر هذه.

قال ابن بشير: وَرُدّ بأن العموم المقصود أشد من عموم آل الأمر إليه.

قوله: **(ولو قال: كل بكر أتزوجها فهي طالق ثم قال بعد ذلك: وكل ثيب أتزوجها فهي طالق لزمه ذلك في الأبكار ولم يلزمه في الثيب، وقد قيل: يلزمه اليمينان جميعًا، وهو قول ابن القاسم.**

وقال عبد الملك: تلزمه الأولى ولا تلزمه الثانية لأنه قد عَمَّم بها النساء كلهن).

وقيل بعدم اللزوم فيهما.

واختلف إذا قال: كل حرة أتزوجها طالق:

فقيل: [يلزمه][1] وله نكاح الإماء، قاله ابن القاسم .

وقيل: يلزمه إن كان مليًّا على القول بالطول، قالة محمد.

وقيل: لا يلزمه مطلقًا على ظاهر قول اللخمي: اختلف إذا قال: كل حرة أتزوجها هي طالق.

قال ابن حارث: واتفقوا فيمن قال: كل امرأة مسلمة أتزوجها طالق، أنه يلزمه لبقاء الكتابيات.

ولو تزوج كتابية فأسلمت قبل البناء .

(١) في أ: لا يلزمه .

فقيل: يلزمه طلاقها، قاله ابن وهب.

وقيل: لا شيء عليه، قاله أشهب.

وإن قال: كل جارية أملكها إلى أجل كذا فهي حرة، وخاف العنت فلا سبيل له إلى ذلك، وإن فعل حنث، قاله ابن القاسم.

والفرق على قوله في هذا وما سبق تأكيد العتق، قاله أصبغ.

واختلف إذا قال: كلما أفيده إلى أجل كذا صدقة.

فقيل: يلزمه، قاله مالك.

وقيل: لا، قاله ابن الماجشون وأصبغ، وكلاهما لابن القاسم.



باب: في إرخاء الستور وتداعي المسيس

وإذا خلا الرجل بامرأته في منزله، فادعت وطأها، وأنكر ذلك زوجها، فالقول قول المرأة مع يمينها، ويجب لها جميع الصداق.

باب: في إرخاء الستور وتداعي المسيس

قوله: فصل: في إرخاء الستور .

قوله: (**وإذا خلا الرجل بامرأته في منزله فادعت أنه وطئها، وأنكر ذلك زوجها، فالقول قول المرأة مع يمينها، ويجب لها جميع صداقها**).

هذه خلوة الزيارة، وما ذكره هو المشهور.

وقيل: القول قوله، قاله عيسى بن دينار.

وقيل: بالقول الأول إن كانت ثيبًا، وإن كانت بكرًا نظر إليها النساء.

وَدَلَّ كلام الشيخ من باب أحرى أنه لو كان دخول اهتداء فإن القول قولها.

وهو كذلك، قاله فيها[1] في «كتاب إرخاء الستور».

وظاهرها: وإن كانت بكرًا، وهو كذلك على المشهور.

وقيل: ينظرها النساء، فإن رأين افتضاضًا صُدِّقت وإلا صُدِّق، قاله مالك في رواية ابن وهب وابن أبي أويس، وَحَسَّنه اللخمي.

وحيث يكون القول قولها:

فقيل: تحلف، قاله مالك وأكثر أصحابه.

وقيل: لا يمين عليها، قاله ابن القاسم وأحمد بن المعدل.

وقيل: إن كانت صغيرة فلا يمين وإلا فاليمين.

والثلاثة حكاها ابن رشد[2] [وابن محرز][3].

---

(١) «المدونة» (٢/ ٢٣٠).

(٢) «البيان» (٥/ ١١٧).

(٣) في ب: أبو ممرز .

وإذا خلال بها في منزلها، ثم اختلفا في الوطء فيها **روايتان:**

إحداهما: أن القول قول المرأة.

والأخرى: أن القول قول الرجل، وإن تصادقا على عدم الوطء لم يجب لها بالخلوة جميع الصداق.

ولهذه المسألة نظائر وهي دلالة القُمُط[1]، والشبهة في متاع الزوجين، والوصف في القمط.

قوله: (**وإذا خلا بها في منزلها ثم اختلفا في الوطء ففيها روايتان:**

إحداهما: أن القول قول المرأة.

والأخرى: أن القول قول الرجل).

الرواية الأولى هي المشهورة، وفي هذه القول الثالث بالفرق بين البكر والثيب كما سبق سواء.

قوله: (**وإذا تصادقا على عدم الوطء لم يجب لها بالخلوة جميع الصداق**).

واختلف هل عليها عدة أم لا؟

فقال مالك وابن القاسم: عليها ذلك للخلوة.

وقال مطرف وابن الماجشون: لا عدة عليها.

قال اللخمي: وهو بين لأن الخلوة لم تكن ليصيب وكذلك القولان إذا ادعى الوطء وأنكرته.

وتجب العدة في ثلاثة مواضع باتفاق وهي: خلوة البناء إذا تصادقا على المسيس أو على نفيه، وفي خلوة الزيارة إذا تصادقا على المسيس أو اعترفت هي بذلك.

---

(١) القماط: حبل يُشَدّ به قوائم الشاة عند الذبح، وكذلك ما يُشدُّ به الصبي في المهد، «الصحاح» (٣/ ١١٥).

قال زروق: وقال غيره ـ يعني: غير الجوهري ـ: القمط معاقد الحيطان. اهـ. «شرح الرسالة» (٢/ ٩٢٨).

قلت: قول الغير هو المراد هنا، والله أعلم.

باب: في الحضانة

فصل: الأم أحق بحضانة ولدها من غيرها:

والأم أحق بحضانة الولد ورضاعه من غيرها وإذاطلق الرجل امرأته وله منها ولد صغير فأراد الشخوص به إلى بلد يريد سكناه والانتقال إليه فله أخذ ولده منها.

باب: في الحضانة

قوله: (وإذا طلق الرجل امرأته وله منها ولد صغير فأراد الشخوص به إلى بلد يريد سكناه والانتقال إليه فله أخذ ولده منها).

علق الشيخ أخذه بنفس الإرادة، وهو كذلك فيها[(١)]، وعليه يحمل قول البراذعي[(٢)]: وكل من خرج أي أراد الخروج.

وقيل: ليس للأب أن يرتحل بالولد حتى يثبت عند الحاكم بالبلد الذي فيه الحاضنة أنه قد استوطن الذي يرحل إليه.

وقيل: يكشف عن انتقاله فإن [تَبَيَّنَ][(٣)] ضرره منع، وإن كان خروجه حقيقة لا لمضرة الأم لم يمنع من ذلك، قاله سحنون.

والعمل على القول الثاني.

وإذا فَرَّعْنَا عليه فكان شيخنا ـ حفظه الله تعالى ـ يفتي بما في «وثائق ابن العطار» تحديد استيطانه بالحول.

وأفتى شيخنا أبو مهدي ـ رحمه الله تعالى ـ تحديده بنصف عام، ولم أره لغيره.

وقيل: لا تحديد في ذلك، قاله غير واحد.

واختار المتيطي: أنه مُوَكّل إلى اجتهاد الحاكم.

وَصَرَّحَ فيها[(٤)] بأنه يحلف: لقد أردت استيطان البلد الذي أذهب إليه.

---

(١) «المدونة» (٢/ ٢١٧).

(٢) «التهذيب» (٢/ ٤٠١).

(٣) في أ: بَيَّنَ.

(٤) «التهذيب» (٢/ ٤٠٢).

وإن أراد الخروج إلى تجارة لم يكن له ذلك، وإن كانا مقيمين في بلدة واحدة فهي أحق بحضانته ما لم تتزوج ويدخل بها زوجها، فإذا تزوجت ودخل بها زوجها سقطت حضانتها، فإن طلقها الزوج أو مات عنها لم تعد حضانتها.

وقيل مثله إن كان متهماً.

وظاهرها: أنه له السفر به، وإن كان رضيعًا، وهو كذلك.

ومعناه: إذا قبل غير أمه، وهو قول ابن القاسم.

وعنه: لا يرحل به إلا إذا فطم واستغنى عن أمه.

وعن مالك: لا يخرج به حتى يثغر.

وظاهرها: أن له السفر به برًّا وبحرًا.

وبه قال ابن الهندي لقوله تعالى: ﴿هُوَ ٱلَّذِى يُسَيِّرُكُمْ فِى ٱلْبَرِّ وَٱلْبَحْرِ﴾ [يونس: ٢٢].

وقيل: للأم في ذلك مقال؛ لأنها تقول: من حقي زيارة ولدي، وركوب البحر غَرَرٌ.

ويريد الشيخ: إذا كان الأب حرًّا، وأما إن كان عبدًا فلا؛ لأنه لا قرار له لتصريحها بذلك.

قوله: (فإذا تزوجت ودخل بها زوجها سقطت حضانتها، فإن طلقها الزوج أو مات عنها لم تعد حضانتها إليها).

وما ذكره هو نصها(١)، وهو متفق عليه عند ابن حارث.

وقال المتيطي: هو المشهور [المعمول](٢) به.

وفي «العشرة» ليحيى(٣): روى ابن القاسم: ليس للأب أخذه من الأم، وإن دخل

---

(١) «المدونة» (٢/ ٢٥٨).

(٢) في أ: العمل .

(٣) هذه «العشرة» هي ليحيى بن يحيى الليثي عن عبد الرحمن بن القاسم.
قال ابن عبد البر: سمع من ابن القاسم مسائله، وحمل عنه من رأيه عشرة كتب كبار أكثرها سؤاله وسماعه. اهـ. «الانتقاء» (ص/ ١٠٦).

فصل: في حق الحضانة:

والحضانة حق للمرأة في ولدها وليست بحق للولد عليها فإن شاءت أخذته، وإن شاءت تركته

بها زوجها إن كان الابن في كفاية عندها.

وظاهرها: أنه لا يفتقر إلى حكم حاكم، وهو كذلك في الأكثر.

وحكى ابن رشد في «مقدماته» قولًا: بأن الدخول بالزوجة لا يسقط الحضانة بل حتى يحكم الحاكم، فلو تأيمت قبله فهي أحق به.

ويريد الشيخ: ما لم تتزوج جدّ الولد كما يقوله المغربي.

ومعنى قولها[1]: إذا لم يكن الولد علق بها حتى لا يقبل غيرها وهو يرضع، وأما إن كان كذلك فلا ينزع منها كقولها فيما إذا خالعها على أن يكون عندها.

قوله: (والحضانة حق للمرأة في ولدها وليست بحق للولد عليها، فإن شاءت أخذته وإن شاءت تركته).

ما ذكره [هو][2] لابن القاسم.

وقال ابن الماجشون: إن الحضانة حق للولد.

واختار ابن محرز: أنها حق لهما.

وظاهر كلام الشيخ: أن الحضانة للأم وإن كانت سفيهة في مالها.

وكذلك ظاهرها وظاهر الروايات، وفيها قولان، حكاهما المتيطي رحمه الله تعالى.

وكانت نزلت بباجة وكتب ابن عبد السلام لقاضيها [جواب سؤاله][3] له بأن لا حضانة لها، فرفع المحكوم عليه أمره إلى أمير المؤمنين بتونس أبي يحيى بن بكر ابن الأمير أبي زكريا فأمر باجتماع أهل الوقت وكان المفتي يومئذٍ مات وهو الشيخ الفقيه أبو علي بن علوان فاجتمعوا بالقصبة فأفتى قاضي الجماعة ابن عبد السلام وقاضي

---

(١) «التهذيب» (٢/ ٣٨٧).

(٢) في ب: قول.

(٣) في ب: لسؤاله.

وإذا استحقت المرأة حضانة ولدها فتركته ولم ترد أخذه وهي فارغة من زوج، ثم أرادت بعد ذلك أخذه فإن كان تركها إياه لعذر كان لها أخذه، وإن كانت تركته رفضًا له ومقتًا لم يكن لها بعد ذلك أخذه.

الأنكحة أبو [عبد الله][1] محمد [الأَجَمِي][2] وبعض أهل المجلس بأن لا حضانة لها.

وأفتى ابن هارون وبعض أهل المجلس بأن لها الحضانة، وكان السلطان يسمع كلامهم [لقربه][3] منهم ولا يرونه، فخرج الأمر على ما أفتى به ابن هارون، وأمر قاضي الجماعة بأن يكتب إلى قاضي باجة ففعل، وهو الذي صوبه شيخنا - حفظه الله تعالى - لوجود الحنان والشفقة فيها كغيرها وهو نص اللخمي.

وخرج الأمر بتقديم ابن هارون مفتيًا، وقد كان أهل الوقت لم ينصفوه قبل في الخطط الشرعية.

قوله: (وإذا استحقت المرأة حضانة ولدها فتركته ولم ترد أخذه وهي فارغة من زوج ثم أرادت بعد ذلك أخذه فإن كان تركها إياه لعذر كان لها أخذه،وإن كانت تركته رفضا له ومقتا لم يكن لها بعد ذلك أخذه).

يريد بقوله: «فتركته» أي: لمن له الحضانة.

ويريد: «بالعذر» مثل أن تكون مريضة أو سافرت لحجة الفريضة، ثم قدمت أو سافرت لأخذ مورث أو إذا ارتحل الأب بالولد إلى بلد السكنى ثم رجع.

وظاهر قوله: «تركته رفضًا» وإن كان أقل من سنة، وهو كذلك على أحد الأقوال الثلاثة:

وقيل: لها أخذه.

وقيل: إن السنة في ذلك مسقطة بخلاف ما دونها، وهو ظاهر قول مالك في

---

(١) سقط من الأصول، والمثبت من «شجرة النور الزكية» (١/ ٣١).

(٢) في ب: الأحمدي، والمثبت هو الصواب.

(٣) في أ: يعرفه.

فصل: في ترتيب حق الحضانة:

والجدة أم الأم أحق بحضانة ولد ابنتها من أبيه إذا لم تكن ذات زوج أجنبي، فإن كانت ذات زوج أجنبي سقطت حضانتها، فإن كان زوجها جد الولد لم تسقط حضانتها، والخالة أخت الأم أحق بحضانة الولد من أبيه إذا لم تكن له أم ولا جدة أم

«العتبية»، وبه أفتى شيخنا. حفظه الله تعالى. غير ما مرة.

قوله: (والجدة أم الأم أحق بحضانة ولد ابنتها من أبيه بعد أمه إذا لم تكن ذات زوج أجنبي).

ما ذكر من أن أم الأم مقدمة على الأب لا خلاف فيه ولا خصوصية لذكره بأن زوجها جد الولد وإنما المراد أن يكون ذا محرم منه وهذا هو المشهور، وقال ابن وهب: لا [خصوصية][1] لها.

وما ذكر الشيخ فيما إذا كان زوجها أجنبيا ليس على عمومه لبقاء الحضانة لها إذا كانت وصية على اختلاف في هذا الوجه، أو يكون الولد رضيعًا لا يقبل على غيرها أو يقبل على غيرها.

وقالت الظئر: لا أرضعه إلا عندي؛ لأن كونه في رضاع أمه وإن كانت ذات زوج أرفق به من أجنبية يسلم إليها أو كان الأب غير مأمون أو عاجز عن الحضانة أو غير ذلك من الأعذار، ونص على هذا الذي ذكرناه اللخمي.

قوله: (والخالة أخت الأم أحق بحضانة الولد من أبيه إذا لم تكن له جدة).

قال اللخمي: الحضانة في النساء للأم، ثم أمها، ثم جدتها، ثم الخالة.

وفي «كتاب محمد»: ثم خالة الخالة، ثم أم الأب، ثم الأخت ثم العمة، ثم بنت الأخ.

قلت: ما نسبه «لكتاب محمد» عزاه ابن يونس[2] لقوله، وعزاه الباجي[3] لروايته، وقال ابن شاس[4] وابن الحاجب[5]: وفي إلحاق خالة الخالة بالخالة قولان.

(١) في ب: حضانة.

(٢) «الجامع» (٤/ ٤٤٨).

(٣) «المنتقى» (٦/ ١٨٦).

(٤) «عقد الجواهر» (٢/ ٦١٠).

(٥) «جامع الأمهات» (ص/ ٣٣٥).

أم، والجدة أم الأب أولى بالولد من الأب وهي أولى بالولد من العمة والأخت وسائر قرابات الأب، وقد قيل: إن الأب أولى من الجدة أم الأب، والأب أولى بالولد من العمة والأخت وسائر قرابات الأب.

فصل: في مدة الحضانة:

وحضانة الغلام حتى يحتلم وقد قيل: حتى يثغر، ....

قال بعض شيوخنا: ولا أعرف القول الثاني لغيرهما.

وما ذكره قصور، بل حكى القولين ابن بشير أيضًا، وتقدم أن أم الأم مُقَدَّمَة على الأب بلا خلاف.

واختلف فيما سواها على أربعة أقوال:

ففي «كتاب محمد»: هو مُقَدَّم.

وفي «كتاب ابن حبيب»: عكسه.

وفيها: مُقَدَّم على الأخت فيمن وراءها.

ولابن القاسم في «كتاب المدنيين»: يُقَدَّم على أُمِّه فيمن بعدها.

والأربعة حكاها اللخمي، وَصَرَّحَ ابن الحاجب[1] بأن ما فيها هو المشهور.

قوله: (وحضانة الغلام حتى يحتلم، وقيل: حتى يثغر).

القول الأول هو قولها، وهو المشهور.

والقول الثاني رواه ابن وهب، وقاله [أبو][2] مصعب، وهو في «مختصر ابن عبد الحكم».

[**وكان شيخنا**- حفظه الله تعالى - يعارض ما في «مختصر ابن عبد الحكم»][3] بقوله في التفرقة بين الأم وولدها: أنه لا يفرق بينهما أبدًا.

وكنت أجيبه بأنَّا نمنع إن أخذ الوالد ولده في الحضانة تفرقة، سلمنا أنه تفرقة لكن في البيع أشد فناسب المنع للأبد،والله أعلم.

وظاهرها: أن بنفس البائع تسقط حضانتها وإن بلغ زمنًا، وهو كذلك.

---

(١) «جامع الأمهات» (ص/ ٣٣٥).

(٢) في ب: ابن .

(٣) سقط من ب.

وحضانة الجارية حتى تحيض وتتزوج، ويدخل بها زوجها.

وقال ابن شعبان[(١)]: بشرط أن يحتلم صحيح العقل والبدن وإلا فالحضانة باقية.

وأخذ المغربي من قولها[(٢)]: إن الولد بنفس بلوغه يخرج من الحجر كرواية زياد.

وما ذكره ضَعَفَّه شيخنا ـ حفظه الله تعالى ـ بأن قولها هنا إنما هو في الحضانة، وذلك مما يتعلق بذاته لا بماله، فعلى هذا إنما يرتفع عنه الحجر البدني لا المالي، ولما كان قول نكاحها أعم من قولها هنا، وهو إذا بلغ الغلام فله أن يذهب حيث شاء احتاج أبو محمد إلى تقييده بقوله: يريد بنفسه لا بماله.

وقول المغربي «كرواية عليّ» صوابه «زياد» لا عليّ.

قوله: (وحضانة الجارية حتى تتزوج ويدخل بها زوجها).

قال فيها: وتترك الجارية في حضانة الأم في الطلاق والموت حتى تبلغ النكاح، فإذا بلغت نظر فإن كانت الأم في حرز وتحصين فهي أحق بها أبدًا، وإن بلغت أربعين سنة.

وألزم الشيخ ـ حفظه الله تعالى ـ [على][(٣)] قول ابن القاسم في «حمالتها»[(٤)]: «إن المعنسة رشيدة» أن تسقط حضانتها.

وَيُرد: بأن ظاهر كلامهم أن هذا الباب مغاير لذلك الباب.

ألا ترى أنه لو رَشَّدَهَا بإثر بلوغها ولم يزوجها أن الحضانة لها باقية على ظاهر كلامهم.

وظاهرها: إذا بلغت الجارية حد النكاح فعلى الأم إثبات كونها في حرز وتحصين، وإلا فإنها تنزع منها.

وقال اللخمي: يجب صفة المسكن أن يكون في حرز إذا كانت ذات جمال، والبلد كثير الفساد، ويستحب إذا كان غير ذلك.

---

(١) «الزاهي» (ص/ ٤٦٢).

(٢) «التهذيب» (٣/ ٦٣١).

(٣) «التهذيب» (٤/ ٣٩).

(٤) سقط من أ.

باب: في النفقة والسكنى للزوجات

فصل: في نفقة الزوجة تحت زوجها:

وإذا خاصمت المرأة زوجها في النفقة، ولم ترض بنفقته على قدر حاله وحالها فيقدر لها طعامها وإدمها وكسوتها ونفقة خادمها، إن كانت ممن يُخدم مثلها، وأجرة مسكنها وجميع مؤونتها.

باب: في النفقة والسكنى للزوجات

قال: (وإذا خاصمت المرأة زوجها في النفقة ولم ترض بنفقته عليها فرفعت أمرها إلى الحاكم فرض لها عليه نفقتها على قدر حاله وحالها فقدر لها طعامها وإدامها وكسوتها ونفقة خادمها إذا كانت ممن يخدم مثلها، وأجرة مسكنها وجميع مؤونتها).

يريد: إذا ثبت كونها زوجة له لا مجرد قولهما: إنهما زوجان، لنَصّ ابن لبابة بذلك.

قال ابن سهل(١): إلا في الطارئين [فيقبل](٢) قولهما، وكذلك إن كان نكاحهما فاشيًا معروفًا بموضعهما وإلا فلا.

قلت: وقيل: يكفي مجرد قولهما لما في «نوازل سحنون» من التفليس: من أتى بيتيم لقاض وقال: بلغ مبلغ الرضا، ادفع له ماله، اكتب لي بذلك، كتب له ذلك وإن لم يعرف إيصاءه إلا بقوله، وكذلك في اليتيمة.

ابن رشد(٣): هذه مسألة صحيحة على أصولهم، وعلى ما في «طلاق السنة» منها، وعلى ما في سماع أصبغ من «كتاب السلطان» فيمن ادعى أن رجلًا رهنه قدحًا في كساء: أن السلطان يأمره ببيع القدح في الكساء على زعمه أنه رهن.

قلت: وعلى الأول عمل شيخنا أبو يوسف يعقوب الزعبي بتونس على ما بلغني لما ولي قاضي الأنكحة بها، وعلى الثاني عمل من تَقَدَّمَه من القضاة بها.

---

(١) «الإعلام» (ص/ ٢٠٢).

(٢) في أ: فقيل .

(٣) «البيان» (٩/ ٤١٥).

فصل: في نفقة المطلقة طلاقا رجعيًّا:

وإذا طلقت طلاقًا رجعيًّا، فحكمها في العدة حكم الزوجة لها النفقة والسكنى، والكسوة والخدمة ما دامت في العدة، فإذا انقضت عدتها سقطت نفقتها.

فصل : في نفقة المطلقة طلاقا بائنا:

وإن طلقها طلاقًا بائنًا ثلاثًا أو طلاق خلع فلا نفقة لها في العدة إلا أن تكون حاملًا فيجب عليه نفقتها حتى تضع حملها،.........................

وظاهر كلام الشيخ: أن الحاكم هو الذي يفرض النفقة، وهذا إذا كان يعرف وإن شاء أمر غيره بذلك من العدول أو غيرهم .

وجرت عادتي في ولايتي كلها أُقَدِّمُ غيري لذلك.

قال اللخمي: الذي تستحقه الزوجة الكسوة والنفقة والغطاء [والوطاء][(١)]، وما يُمِيط الأذى ويزيل الشعث، ومن يخدمها إذا كان واجدًا لذلك، ويختلف في [ثياب][(٢)] مخرجه والملحفة.

قوله: (وإذا طلق زوجته طلاقًا رجعيًّا فحكمها في العدة حكم [الزوجة][(٣)] لها النفقة والكسوة والسكنى والخدمة ما دامت في العدة، فإذا انقضت عدتها سقطت نفقتها).

عَطْفُ الشيخ الكسوة على النفقة يقتضي أن من التزم نفقة إنسان أنه لا تلزمه الكسوة وتقدم ما [فيها[(٤)]][(٥)].

قوله: (وإن طلقها طلاقًا بائنًا ثلاثًا أو طلاق خلع فلا نفقة لها في العدة إلا أن تكون حاملًا فيجب عليه نفقتها حتى تضع حملها).

---

(١) في أ: الوطء .

(٢) سقط من أ .

(٣) في ب: الزوج .

(٤) «التهذيب» (٢/ ٤٣٩).

(٥) في ب: فيه .

ولها السكنى ما دامت في العدة حاملًا كانت أو حائلًا.

فصل: في نفقة المطلقة البائن إذا كانت حاملاً:

وإذا أبانها فادَّعت الحمل لم تعط نفقتها حتى يظهر حملها، وظهوره حركته، فإذا ظهر حملها أعطيت نفقة الحمل كله من أوله إلى آخره، ....

كلام الشيخ [عام][(١)] مخصوص بالمعنى، [يعني: التي نُعي][(٢)] لها زوجها تتزوج وتحمل من الثاني [ويقدم][(٣)] الأول فيطلقها ثلاثًا، [فإنه][(٤)] لا تكون عليه نفقة.

قوله: (ولها السكنى ما دامت في العدة حاملًا كانت أو حائلًا).

ظاهر قول الشيخ في العدة: أنه لو لم يكن مدخولًا بها أنه لا سكنى لها لما قد علمت من أنه لا عدة عليها، وهو كذلك، صَرَّحَ به في «الرسالة»[(٥)].

فإذا عرفت هذا فقولها: «وكل مطلقة لها السكنى» يريد: وقد دخل بها.

قوله: (وإذا أبانها فادعت الحمل لم تعط نفقتها حتى يظهر حملها، وظهوره بحركته، فإذا ظهر حملها أعطيت نفقة الحمل كله من أوله إلى آخره).

ما ذكره هو المشهور.

ووقع لمالك في غير ما كتاب: أن [بظهور][(٦)] حملها تجب النفقة لها.

فظاهره: وإن لم يتحرك، فيكون خلافًا لما ذكر الشيخ، وعلى ذلك حمله بعض الشيوخ، وَصَوَّبَه بعض شيوخنا لقول ابن عات عن ابن رشد[(٧)]: لا يتبين الحمل في أقل من ثلاثة أشهر ولا يتحرك [تحريكًا][(٨)] بَيِّنًا يصح القطع على حركته في أقل من أربعة أشهر وعشرًا.

---

(١) زيادة من ب.

(٢) سقط من ب.

(٣) في أ: يقدم.

(٤) في ب: فإنها.

(٥) «الرسالة» (ص/ ٩٢).

(٦) في أ: ظهور.

(٧) «البيان» (٤/ ٩٦).

(٨) في ب: تحركًا.

وإذا أعطيت نفقة حملها ثم انفش الحمل ففيها روايتان:

إحداهما: أنه لا يرجع عليها بشيء.

والأخرى: أنه يرجع عليها بالنفقة.

فصل: في نفقة الزوجة ورضيعها بعد موت زوجها:

وإذا مات الرجل عن امرأته فلا نفقة لها من ماله حاملاً كانت أو حائلاً، فإذا وضعت حملها كان رضاع الولد في ماله.

وفي «**مختصر ابن شعبان**»: عن مالك: أنه لا ينفق عليها حتى تضع، فيحسب ذلك وتعطاه.

قوله: (وإذا أعطيت نفقة حملها ثم انفش الحمل ففيها روايتان:

إحداهما: أنه لا يرجع عليها بشيء.

والأخرى: أنه يرجع عليها بالنفقة، وإذا مات الرجل عن امرأته فلا نفقة لها في ماله حاملًا كانت أو حائلًا، فإن كانت حاملًا فإذا وضعت حملها كان رضاع المولود في ماله).

ظاهر كلام الشيخ: سواء كان أنفق بحكم أم لا، وهو كذلك.

وقيل: إن أنفق بغير [قضاء](1) لم يرجع، وبالقضاء يرجع.

قاله ابن المواز(2).

وقيل بعكسه، قاله ابن عبد الملك.

قال ابن رشد(3): ولهذه المسألة نظائر كثيرة تفوت بالعد:

منها: مسألة «كتاب الشفعة» فيها في الذي يثبت على الصدقة وهو يظن أن الثواب يلزمه.

ومسألة «**كتاب الصلح**» منها(4): في الذي يصالح عن دم الخطأ هو يظن أن الدية تلزمه.

---

(١) في أ: فضل.

(٢) قلت: وهذا قول عبد الملك وروايته عن مالك.

(٣) «البيان» (٥/ ٣٦٢).

(٤) «المدونة» (٣/ ٣٨٢).

وإن لم يكن له مال فرضاعه في بيت مال المسلمين، وليس على أحد من ورثة أبيه رضاعه، وليس على أمه رضاعه موسرة كانت أو معسرة إلا ألا يقبل الرضاعة من غيرها، فيلزمها إرضاعه.

❁ ❁ ❁

قوله: (فإن لم يكن له مال فرضاعه [في][1] بيت مال المسلمين، وليس على أحد من ورثة أبيه رضاعه، ولا على أمه رضاعه موسرة كانت أو معسرة، إلا ألَّا يقبل الرضاعة من غيرها فيلزمها رضاعه).

ما ذكر الشيخ أنه ليس على الأم إرضاعه مثله للقاضي عبد الوهاب.

وقيل: يلزمها إرضاعه، قاله فيها[2]، و هو المشهور، وعليه [فتأول][3] بعضهم على ما إذا تعذر الاستئجار من بيت المال، وأما [إذا لم][4] يتعذر فيستأجر له منها.

واختلف إذا لم يكن لها لبن فقيل: يجب عليها إرضاعه في مالها، قاله مالك والقاضي إسماعيل.

قال أبو عمران: وهو قولهم كلهم.

وقيل: لا، قاله عبد الوهاب[5]، والتونسي، واللخمي، محتجين بأن رضاعه لم يكن في ذمتها فتكلف بشرائه إذا عجزت عنه، وقاله إسماعيل القاضي، فيكون له القولان أيضًا.

❁ ❁ ❁

---

(١) في ب: من .

(٢) «التهذيب» (٢/ ٤٥٢).

(٣) في ب: فتأوله .

(٤) سقط من ب.

(٥) «المعونة» (٢/ ٩٣٥).

باب: النفقة للأقارب

فصل: في نفقة الأبناء:

ويجب على الرجل نفقة ولده إن كان فقيرًا لا مال له فينفق على الغلام حتى يحتلم وعلى الجارية حتى تتزوج ويدخل بها زوجها ....

باب: النفقة للأقارب

قوله: [(باب فيمن تجب له النفقة على الرجل من أقاربه][1]: **ويجب على الرجل نفقة ولده إذا كان فقيرًا لا مال له، ينفق على الغلام حتى يحتلم، وعلى الجارية حتى تتزوج ويدخل بها زوجها).**

يريد: أو يكون للصبي كسب يستغني به لنص يحيى بذلك.

قال عياض[2]: أراد بالكسب الصناعة، ولو أراد الأب فيمن له قوة أن يعلمه صناعة كان ذلك له إلا أن يكون من غير أهل الصناعة، وممن لا يعيش بهذا أو ممن على مثله فيه معرة فيمنع الأب من ذلك، وكذلك إن كان من أهل الصناعات لكنه أدخله في صنعة لا تليق بمثله من صنع الأراذل.

قلت: وقال بعضهم: لا تجوز مؤاجرته إن كان له مال أو للابن.

قال ابن فتوح: وهو وهم؛ لأن المال يذهب فتعليم الآباء الصناعة من الحزم والنظر.

وقال ابن مغيث: قول بعض الفقهاء: «لا يجوز أن يؤاجر إن كان الأب غنيًّا» وهم؛ لأن المال قد يذهب.

فتحصل ثلاثة أقوال:

الجواز، والمنع: إن كان للأب أو للابن مال.

والمنع: إن كان الأب غنيًّا.

قال بعض شيوخنا[3]: لعل مرادهم منع إجارته لا منع تعليمه، وربما كان مؤاجرة بعض الأولاد نقصًا عليهم في مآل أمرهم.

---

(١) سقط من ب .

(٢) «التنبيهات» (٢/ ٧٢٨).

(٣) «مختصر ابن عرفة» (١٢/ ١٧٩) .

فإذا احتلم الغلام سقطت عن أبيه نفقته، وإذا تزوجت الجارية ودخل بها زوجها سقطت عن أبيها نفقتها، وإن مات عنها زوجها أو طلقها لم تعد النفقة على أبيها، وكذلك إذا بلغ الغلام صحيحًا ثم زَمِنَ وجُن لم تعد النفقة على أبيه.

وقال عبد الملك: تعود نفقته على أبيه وإن بلغ الغلام زَمِنًا أو مجنونًا لم تسقط نفقته على أبيه ببلوغه.

ولا تجب النفقة على الأم لولدها مع وجود الأب ولا مع عدمه موسرًا كان أو معسرًا.

قوله: (فإذا احتلم الغلام سقطت عن أبيه نفقته، وإذا تزوجت الجارية ودخل بها زوجها سقطت عن أبيها نفقتها، فإن مات عنها زوجها أو طلقها لم تعد النفقة على أبيها).

ظاهر كلام الشيخ: أنه لو بلغ ولده الذكر أعمى أو مجنونًا أو ذا زمانة لا حركة له، فإنه تلزمه نفقته، وهو كذلك، صَرَّحَ به فيها[1] خلافًا لابن وهب.

قوله: (وكذلك لو بلغ الغلام وهو صحيح ثم زمن أو جن لم تعد النفقة على أبيه. وقال عبد الملك: تعود النفقة عليه، وإذا بلغ الغلام زمنًا أو مجنونًا لم تسقط نفقته عن أبيه ببلوغه).

وتقدم الآن قول ابن وهب: لا نفقة له، وإن بلغ على ذلك، فتحصل ثلاثة أقوال:

قول عبد الملك: تلزمه النفقة وإن بلغ صحيحًا ثم عاد العذر.

وعكسه لابن وهب.

وقولها[2]: إن بلغ صحيحًا لم تعد.

قوله: (ولا تجب على الأم النفقة لولدها مع وجود الأب، ولا مع عدمه [موسرة كانت أو معسرة)][3].

---

(١) «التهذيب» (٢/ ٤٠٣).

(٢) «التهذيب» (٢/ ٤٠٣).

(٣) في أ: موسرًا كان أو معسرًا.

فصل: في نفقة الأبوين:

ويجب على الرجل نفقة أبويه إذا كانا محتاجين صحيحين كانا أو زمنين مسلمين كانا أو كافرين كان الولد صغيرًا أو كبيرًا ذكرًا كان أو أنثى، ونفقتها على الأبوين سواء لا فضل بينهما.

ما ذكره مثله فيها [(١)].

وقال ابن العربي[(٢)] في آخر سورة الطلاق: نفقة الولد على الوالد دون الأم خلافًا لابن المواز: أنها على الأبوين قدر الميراث، ولعله أراد أنها على الأم عند عدم الأب.

ابن عبد السلام: إن صح نسبة هذا القول لابن المواز فتأويل ابن العربي بعيد لأنه إذا كان الأب عديمًا [أو معدومًا][(٣)] فكيف يمكن أن يؤدي من النفقة شيئًا فضلًا عن الثلثين اللذين هما نصيبه من الميراث.

قوله: (**وتجب على الولد نفقة أبويه إذا كانا محتاجين صحيحين كانا أو زمنين، مسلمين كانا أو كافرين، كان الولد صغيرًا أو كبيرًا، ذكرًا أو أنثى، ونفقتهما على الأبوين سواء لا فضل بينهما، وإن كره الزوج الابنة**).

يريد: إذا كان الولد مليًّا بنفقة أبويه وما ذكر الشيخ في الكافرين، هو كذلك، صَرَّحَ بذلك فيها[(٤)]، وهو المشهور.

وروى ابن غانم عن مالك: لا نفقة لهما، حكاه ابن حارث.

وظاهر كلام الشيخ وإن كانت للأب صنعة تكفيه فإنه لا يكلف عملها، وهو نقل الباجي[(٥)].

وقال اللخمي: بل يكلف لأنه يضر بالابن.

هذا الخلاف كالخلاف في الفقير القادر على العمل هل يعطى الزكاة أم لا؟

(١) «التهذيب» (٢/ ٤٤٠).

(٢) «أحكام القرآن» (١/ ٢٧٤).

(٣) سقط من ب.

(٤) «التهذيب» (٢/ ٤٠٣).

(٥) «المنتقى» (٤/ ١٠١).

وتجب عليه نفقة أمه وإن كانت ذات زوج إن كان زوجها محتاجًا.

فصل: في نفقة الأقارب:

ولا يجب عليه نفقة جده، ولا يجب على الجد نفقة ولد ولده، ولا يجب على الرجل نفقة أخ ولا أخت ولا خالة ولا عمة، ولا أحد من الأقارب سوى من ذكرناه،..

ويريد الشيخ: إذا اعترف الولد بفقر أبيه وأما أن أنكر فقره فعلى الأب إثبات عدمه، ثم اختلف هل يحلف مع ذلك أم لا؟

قال بعض الموثقين: وبعدمه القضاء والعمل.

واختلف إذا ادعى الابن العدم:

فقال ابن الفخار: يقبل قوله؛ لأن الله سبحانه خلق خلقه لا يملك شيئًا فعلى [الأب][1] إثبات يساره.

وقال ابن أبي زمنين وغيره: لا يقبل ذلك منه؛ لأن الغالب التكسب.

قوله: (وتجب عليه نفقة أمه وإن كانت ذات زوج إذا كان زوجها محتاجًا).

ظاهره: لو كان الزوج غنيًّا فإنه لا يلزمه نفقتها، ولو قالت:أنا أرضى بترك نفقتي [عن][2] زوجي، وهو ظاهرها أيضًا وأحد الأقوال الثلاثة فيها إذا قالت: أنا أرضى بالترك.

وقال الباجي[3]: تلزمه نفقتها.

وقال اللخمي: لا يلزمه إلا أن تكون أسنّت، والزوج على غير ذلك ويقوم الدليل على صحته .

قوله: (ولا يجب عليه نفقة جده ولا على الجد نفقة ولد ولده، ولا تجب عليه نفقة أخ ولا أخت ولا عمة ولا خالة ولا أحد من الأقارب سوى من ذكرناه).

ما ذكر مثله فيها[4].

---

(١) في أ: الابن.

(٢) في ب: على .

(٣) «المنتقى» (٤/ ١٢٨).

(٤) «التهذيب» (٢/ ٤٠٤).

ونفقة الأقارب واجبة باليسر وساقطة بالعسر، وليست دينًا في الذمة، ولا يحاص بها غرماء المفلس.

فإن قلت: وهل يتخرج قول بأنه يلزم الولد نفقة جده كقول [الطرطوشي][(١)]، من قول عياض[(٢)]: إنَّ بِرّ الجد مُسَاوٍ لبر الأب.

وهو ظاهر قول اللخمي: القول بأنه لا يحلف له جده أحسن؛لأن له حرمة الأب.

خلاف قول الطرطوشي: إن بره دون بر الأب.

قلت: الصواب تخريجه؛ لأنه لا يساوي بِرَّه للأب إلا إذا قام بنفقته كالأب.

وقد أشار ابن عبد السلام إلى تخريجه ولم يقدم عليه.

ولقائل أن يقول: إن باب البر مخالف لباب الحكم.

ألا ترى إلى قول ابن محرز في قولها[(٣)]: «وإذا احتلم الغلام فله أن يذهب حيث شاء» يشبه أن يكون في الحكم وأمَّا في البر فلا.

قوله: (ونفقة الأبوين والأقارب واجبة باليسر وساقطة بالعسر، وليست دينًا في الذمة، ولا يحاص بها غرماء المفلس).

لا خصوصية لذكره «الفلس»، بل وكذلك الميت على ظاهرها.

ويدخل في كلام الشيخ ما لو أنفقت الزوجة على ولدها فإنه لا تحاصص لما أنفقت، وهو كذلك، قاله فيها.

ابن يونس: ويلزم على قول أشهب الذي [يرى أن نفقة الولد كالزوجة][(٤)] في إسقاط الزكاة أن تضرب به مع الغرماء كنفقة نفسها.

وظاهرها: أنها تضرب فيما أنفقت على نفسها في الفلس والموت.

ابن يونس[(٥)]: وهو قول ابن القاسم ومالك.

---

(١) «في الأصل: الشافعي، والمثبت هو الصواب .

(٢) «التنبيهات» (٢/ ٧٢٧) .

(٣) «المدونة» (٢/ ١٠١)، و«التهذيب» (٢/ ١٣٥).

(٤) بياض في الأصل، والمثبت من «الجامع» لابن يونس .

(٥) «الجامع» (٤/ ٣١٨).

....

❁ ❁ ❁

وعنه: تضرب في الفلس لا في الموت.

قلت في درس شيخنا ـ حفظه الله تعالى ـ: ولو عكس لكان أولى لخراب الذمة في الموت دون الفلس.

وأجابني: بأن نفقتها ليست كسائر الديون فكأنها هبة منه لها فإذا مات فاتت كالهبة وفي الفلس وجهه قائم.

❁ ❁ ❁

باب: المتعة للمطلقة

فصل: في متعة المطلقات:

قال مالك - يرحمه الله: والمتعة للمطلقة مستحبة غير مستحقة، وهي لكل مطلقة بائنة كانت أو رجعية مدخولاً بها كانت أو غير مدخول بها، حرة كانت أو أمة، مسلمة كانت أو كتابية، حرًّا كان زوجها أو عبدًا، ....

باب: المتعة للمطلقة

قوله: (**والمتعة [للمطلقة][1] مستحبة غير مستحقة**).

انظر لما كَرَّرَ هذا مع كونه ذكره في «كتاب النكاح».

وأراد بقوله: «**مستحبة**» أي: فضيلة، وقد يطلق المستحب على السُّنَّة؛ لأن ذلك على العموم، وما ذكرناه من الفضيلة هو المشهور.

وقيل: إنها واجبة يقضى بها لازمة، قاله ابن مسلمة، وابن حبيب، والأبهري، والسيوري.

وقال أبو محمد صالح[2] : هي سنة سقط العمل بها، نقله المغربي عنه.

فظاهره: أنه ثالث.

قوله: (**وهي لكل مطلقة بائنة كانت أو رجعية مدخول بها كانت أو غير مدخول بها، حرة كانت أو أمة، مسلمة كانت أو كتابية، حرًّا كان زوجها أو عبدًا**).

ما ذكره في الطلاق الرجعي معناه: إذا لم يرتجعها حتى خرجت من العدة، وهذا هو المنصوص.

واستقرأ اللخمي من قول ابن وهب وأشهب أن لا متعة [لقولها][3][4]: «المتعة عوض من الفرقة، فإذا ارتجع لم يكن عليه شيء»، قاله ابن بشير.

---

(١) سقط من ب.

(٢) «النوادر» (٤/ ٤٩٧).

(٣) في ب: لقولهما .

(٤) «التهذيب» (٢/ ٣٨٠).

ولا متعة لمختلعة، ولا ملاعنة، ولا لمطلقة قبل المسيس إذا كانت مفروضًا لها.

ولا يصح هذا الذي عوّل عليه؛ لأن رد هذه زواج ثاني، وأما لو لم تخرج من العدة فلا متعة لها حينئذٍ مطلقًا، قاله فضل.

وقال أبو عمران: ينظر فإن كان نيته رجعتها لم يمتّع وإلا متّع ثم إن بدا له فراجعها لم يرجع [لها](١)؛ لأنها كالهبة المقبوضة.

ويريد الشيخ «**بغير المدخول بها**» إذا لم يسم لها، يدل عليه ما يقوله، وقد سبق له ما هو أصرح من هذا.

قوله: (ولا متعة لمختلعة ولا ملاعنة ولا مطلقة قبل المسيس إذا كانت مفروضًا لها).

لا خصوصية لقول الشيخ: «**المختلعة**» لقولها(٢): «ولا متعة للمختلعة ولا للمصالحة ولا [للمفتدية](٣) ولا للأمة تعتق تحت عبد فتختار نفسها».

وما ذكره متفق عليه.

وكذلك لا متعة لمن قامت بعيب بالزوج ولا بعدم النفقة، قاله اللخمي.

وأما من طلقها زوجها عن مقابحة فظاهر المذهب أن لها المتعة.

وقال الباجي(٤): لا متعة لها كالملاعنة.

واختلف في المخيرة:

والمشهور: لا متعة لها؛ لأن تتميم الطلاق منها.

قال ابن بشير: وهكذا يجري القولان في المُمَلَّكَة.

وهو قصور؛ لذكر ابن رشد القولين فيهما بالنص.

ابن يونس(٥): ولو تزوج على الحرة أمة فتختار نفسها [فإن لها المتعة؛ لأن الطلاق

---

(١) في ب: بها .

(٢) «التهذيب» (٢/ ٣٨٠).

(٣) في ب: للمبتدئة .

(٤) «المنتقى» (٤/ ٨٨).

(٥) «الجامع» (٤/ ٤١٨).

وليس للمتعة حد محصور، وهي مردودة إلى المطلق موكولة إليه يعطي في ذلك ما طابت به نفسه من غير حكم يلزمه، ولكن السلطان يأمر بها ويحضه عليها. وليس لسيد العبد أن يمنعه من ذلك، ولا يحاصّ الغرماء بمتعة المطلقة.

بسببه، وليست كالمعتقة تحت عبد فتختار نفسها][١]؛ لأن هذا أمر لا صنع للزوج فيه.

قال اللخمي: ولو كان الطلاق عن إيلاء وهو قادر على الإصابة كان لها المتعة؛ لأن الامتناع منه، وهو مضار [قصد][٢] الطلاق.

قوله: (وليأس للمتعة حد [محصور][٣] وهي مردودة إلى المطلق موكلة إليه يعطى في ذلك ما طابت به نفسه من غير حكم يلزمه، ولكن السلطان يأمره بها ويحضه عليها).

اختلف هل المتعة على قدر حالها أم لا؟ فقيل: على قدر حالها فقط. قاله أبو عمران.

وقيل: بل على قدر حال الزوج، قاله ابن عبد البر[٤].

وقيل: على قدر حالهما معًا، قاله ابن رشد[٥]، ونقله ابن عبد السلام عن ابن خويز منداد، وعليه يحمل قولها[٦].

قال مالك: وليس للمتعة حد وزيادة الشيخ بإثره وهي إلى المطلق يقتضي قولًا رابعًا، فإنه لا يعتبر حالها ولا حال أحدهما ولم يذكر هذه الزيادة في «كتاب النكاح».

قوله: (وليس للسيد منع عبده من المتعة).

ما ذكره هو قول ابن وهب، وهو صحيح، لأنه لما أذن له في النكاح فقد أذن له في حقوقه والمتعة من حقوق النكاح.

---

(١) سقط من ب.

(٢) في ب: قاصد.

(٣) في أ: مخصوص.

(٤) «الكافي» (٢/ ٦١٦).

(٥) «البيان» (٤/ ٤٢٥).

(٦) «المدونة» (٢/ ٣٦٣).

....

❃ ❃ ❃

وهو ظاهر قولها(١): «وعلى العبد المتعة» .

فظاهره: وإن كره السيد ،إلا أنه تسامح في قوله: «**وعلى**» لأنها ظاهرة في الوجوب، ولعله إنما قصد نفي لما يتوهم من كونه غير مأمور بها.

وعارض بعض أصحابنا - وهو الفقيه المدرس أبو محمد عبد الله بن عبد السلام الباجي - قولها بقولها في «كتاب المأذون»(٢) : ولا يعق إلا بإذن سيده.

وأجبته بوجهين:

أحدهما: أن المتعة تقرب من الصداق فهي مجانسة بخلاف العقيقة فإنها [شبه](٣) الأجنبي.

الثاني: أن أبا حنيفة يقول بوجوب المتعة، فلعل مالكًا راعاه، ولا قائل بوجوب العقيقة وإنما الخلاف في مشروعيتها وسلم ما ذكرناه شيخنا حفظه - الله تعالى- ثم ظهر لي بعد بطلان الثاني لنقل أبي عمر بن عبد البر(٤) عن الظاهرية منهم داود ذهبوا إلى أن العقيقة واجبة فرض.

قال: وهو قول الحسن البصري وداود.

❃ ❃ ❃

---

(١) «التهذيب» (٢/ ٥٨٥) .

(٢) «المدونة» (٤/ ١٤٥٣) .

(٣) في ب: شبهة .

(٤) «الاستذكار» (٥/ ٣١٥).

باب: في العدة للمطلقات

فصل: في عدة المطلقة التي تحيض:

وعدة المطلقة التي تحيض وتطهر ثلاثة قروء، والأقراء هي الأطهار، وهو ما بين الحيضتين، ....

باب: في العدة للمطلقات

قوله: (قال: وعدة المطلقة التي تحيض وتطهر ثلاثة قروء).

قال بعض شيوخنا(١): العدة: [مدة](٢) منع النكاح لفسخه أو موت الزوج أو طلاقه.

قوله: (والأقراء الأطهار).

ما ذكره هو المنصوص.

وَخَرَّجَ اللخمي أنها الحيض من إطلاقات المذهب على ذلك يقولون عدة الحرة ثلاث حيض، وعدة الأمة حيضتان، والاستبراء حيضة.

قال: وهذا وإن كان خلاف المشهور [من المذهب](٣)؛ فهو أقيس لأن العدة جعلت طلبًا لما يدل على براءة الرحم، والذي يدل على ذلك الحيض لا الطهر، ألا ترى أنها لو لم ترى دمًا [طلبت](٤) الدليل فيه لمدة يظهر فيها الحمل وهي ثلاثة أشهر.

ومثله نقل المتيطي عن ابن سعدون [و](٥) روى ابن وهب لا تحل مطلقة إلا بانقضاء دم الحيضة الثالثة كقول أهل العراق.

قال بعضهم: فعليه الأقراء هي الحيض .

وَرَدَّ ابن بشير(٦) ما ذكر اللخمي: بأن لفظ «الحيض» إنما جاء موضع الطهر

---

(١) هو ابن عرفة، انظر: «مختصر ابن عرفة» (٦/ ٤٤٨).

(٢) سقط من ب.

(٣) سقط من ب.

(٤) في «التبصرة» : ما طلبت.

(٥) سقط من ب.

(٦) «التنبيه» (١/ ٣٥٩).

فإذا دخلت المطلقة في الدم من الحيضة الثالثة فقد انقضت عدتها وحل نكاحها.

فصل: في عدة المطلقة التي لا تحيض:

وإن كانت ممن لا تحيض ليأس أو صغر، فعدتها ثلاثة أشهر، وتبتدئ العدة من يوم طلقها زوجها،..

مسامحة، حتى إذا حققوا لم يختلف أحد منهم أن القرء هو الطهر.

وارتضاه شيخنا أبو مهدي. رحمه الله تعالى. وهو الصواب لقوله تعالى: ﴿ثَلَـٰثَةَ قُرُوٓءٍ﴾[البقرة:٢٢٨]، والتاء إنما تثبت مع المذكر.

قوله: (**فإذا دخلت المطلقة في الدم من الحيضة الثالثة فقد انقضت عدتها وحل نكاحها،وإن كانت ممن لا تحيض ليأس أو صغر فعدتها ثلاثة أشهر، وتبدأ العدة من يوم طلقها زوجها**).

قال فيها(١): وترتجع غير الحامل ما لم تر أول دم الحيضة الثالثة فإذا رأته فقد مضت الثلاثة الأقراء.

قال أشهب: وأحب إليّ ألا تنكح حتى تستمر الحيضة الثالثة؛ لأنها ربما ترى الدم ساعة أو يومًا ثم ينقطع الدم عنها.

وأكثر الشيوخ حملوا قول أشهب على [التفسير](٢) والوفاق لما فوقه.

وحمله اللخمي وابن رشد(٣) وغيرهما على الخلاف، وهو مذهب سحنون لقوله: هو خير من رواية ابن القاسم، وهو مثل رواية ابن وهب: أنها لا تحل للأزواج حتى تحيض حيضة صحيحة.

قال ابن رشد(٤): ويؤخذ من قولها(٥) إن الدفعة الواحدة تكون حيضًا كما قال

---

(١) «التهذيب» (٢/ ٣٧٧).

(٢) في أ: التفليس.

(٣) «البيان» (٢/ ٣١٧).

(٤) «المقدمات» (١/ ١٢٨).

(٥) «المدونة» (١/ ١٥٢).

فإن طلقها في بعض يوم ففيها روايتان:

إحداهما: أنها تلغيه، وتبتدئ بالعدة [من يوم طلاقها][(١)] بعده.

والرواية الأخرى: أنها تحتسب بها مضى منه، وتجلس إلى مثل الساعة التي طلقت فيها.

فصل: في عدة المطلقة التي ارتفعت حيضتها لسبب غير معروف:

وإذا طلقت وهي من ذوات الحيض فارتفعت حيضتها، ولا تدري ماذا رفعها انتظرت سنة من يوم طلقها زوجها، تسعة أشهر منها استبراء وثلاثة عدة،

محمد، وإليه نحا أبو عمران.

قوله: (**فإن طلقها في بعض يوم ففيها روايتان:**

إحداهما: أنها تلغيه وتبتدئ بالعدة [من يوم طلاقها][(٢)] بعده.

والرواية الأخرى: أنها تحتسب بها مضى منه.

وتجلس إلى مثل الساعة التي طلقت فيه، وإذا طلقت وهي من ذوات الحيض فارتفع حيضها لا تدري ماذا أرفعها انتظرت سنة من يوم طلقها زوجها تسعة أشهر منها استبراء وثلاثة عدة).

هذه المسألة لها نظائر، وهي:

إذا نوى المسافر إقامة بقية يومه وثلاثة أيام بعدها وبعض اليوم الخامس حتى يكون أربعة أيام [بالتعيين][(٣)] فالمشهور: أنه لا يعتد به إلى مثل وقته خلافًا لابن نافع.

وفي العقيقة: إذا ولد ولدًا بعد طلوع الفجر فالمشهور إلغاء ذلك اليوم.

وقيل: يحسب به.

وقيل: إلى مثل وقته.

وقيل: إن ولد قبل الزوال حسب وإلا ألغي .

---

(١) زيادة من ب .

(٢) سقط من ب.

(٣) في ب: بالتعليق .

فإن طلقها فحاضت حيضة أو حيضتين، ثم ارتفعت حيضتها لغير يأس بها استأنفت سنة من يوم طهرت من حيضتها.

وإذا حلف لا [كلم][(١)] زيدًا ثلاثة أيام في إلغاء اليوم الذي حلف فيه خلاف.

وكذلك الأكرية والعدة الصغرى والكبرى وتلومات القاضي، [والصواب: أن تلومات القاضي مما يرجع فيها إلى نظره، وإليه كان يذهب بعض من لقيته ممن تولى قضاء تونس حرسها الله تعالى] [(٢)].

قوله: (فإن طلقها فحاضت حيضة أو حيضتين ثم ارتفعت حيضتها لغير يأس منها استأنفت سنة من يوم طهرت من حيضتها).

ما ذكر من أنها إذا رأت في السنة حيضًا فإنها تنتظر حتى تحيض سنة بيضاء أو ثلاث حيض هو نصها[(٣)].

قال الباجي[(٤)]: عن أصبغ: هذا إن كان حيضها كاملًا، فإن كان يومًا أو ما لا يكون حيضًا انتظرت سنة من يوم الطلاق.

قال ابن محرز: عن ابن المواز: ولو تأخر حيضها للرضاع فعليها أن تنتظر الحيض أبدًا ما دامت ترضع، ولم يختلف فيه مالك ولا أحد من أصحابه.

واختلف [تأخر] [(٥)] لمرض:

فروى ابن القاسم: عدتها تسعة أشهر ثم ثلاثة، وبهذا أخذ ابن القاسم، وابن عبد الحكم، وأصبغ.

وقال أشهب: بل عدتها بالأقراء، وإن تباعدت، وهي بمنزلة التي ترضع.

محمد وهو أحب إلينا.

---

(١) في ب: أكلم.

(٢) بياض في الأصل استدركته من «شرح الرسالة» (١/ ٢٢٤).

(٣) «التهذيب» (٢/ ٤٦٩).

(٤) «المنتقى» (٤/ ١١٠).

(٥) سقط من أ.

فصل: في عدة المستحاضة:

وعدة المستحاضة إذا طلقها سنة كاملة تسعة أشهر منها استبراء، وثلاثة عدة، وهي مثل التي ارتفعت حيضتها لغير يأس منها، ولو حاضت حيضة، ثم انتظرت الحيضة الثانية فلم تأتها انتظرت سنة من يوم طهرت، فإذا أتتها الحيضة الثانية قبل انقضاء السنة، انتظرت الحيضة الثالثة، فإن حاضتها فقد انقضت عدتها، وإن لم تحضها انتظرت سنة من يوم طهرت من الحضية الثانية، فإن انقضت السنة حلت بانقضائها للأزواج، وإن حاضت قبل تمامها، حلت بحيضتها.

فصل: في عدة الحامل:

وعدة الحامل أن تضع حملها فإن تأخر وضعها انتظرت أبدًا حتى تضع حملها

قوله: (وعدة المستحاضة إذا طلقها زوجها سنة كاملة: تسعة أشهر منها استبراء، وثلاثة عدة وهي مثل التي ارتفعت حيضتها لغير يأس منها، ولو حاضت حيضة ثم انتظرت الحيضة الثانية ولم تأتها انتظرت سنة من يوم طهرت، فإن أتتها الحيضة الثانية قبل انقضاء السنة انتظرت الحيضة الثالثة، فإن حاضتها فقد انقضت عدتها، وإن لم تحضها انتظرت سنة من يوم طهرت من الحيضة الثانية، فإن انقضت السنة حلت بانقضائها، وإن حاضت قبل تمامها حلت بحيضتها).

قال فيها[1]: وترجع الحامل ما بقي في بطنها ولد.

قال أبو إبراهيم: وكذلك بعضه يدل عليه إذا ولدت ولدًا وبقي في بطنها آخر.

وكذلك قال المغربي: له الرجعة وإن وضعت بعضه بدليل أنه إذا وضعت بعضه واستهل صارخًا لم يرث.

قال: وقال ابن وهب: إذا خرج ثلثاه واستهل ورث.

قلت: كأنه قصد تخريجه هنا.

وقال شيخنا- حفظه الله تعالى: لا أعرفه.

قوله: (وعدة الحامل أن تضع حملها فإن تأخر وضعها انتظرت أبدًا حتى تضعه،

---

(١) «التهذيب» (٢/ ٣٧٧).

وإن طالت مدتها وأكثر الحمل عند مالك أربع سنين في أظهر الروايات عنه.

وقد قيل: خمس سنين وقيل: سبع، والأول أصح وأظهر.

وإن طالت مدتها.

وأكثر الحمل عند مالك ـ رحمه الله ـ أربع سنين في أظهر الروايات عنه.

وقد قيل: خمس سنين، وقد قيل: سبع سنين، والأول أصح وأظهر).

هذه مسألة واحدة، وذكر الشيخ فيها أربعة أقوال، فعزا لمالك منها ثلاثة، والأَوَّل منها هو الأظهر وأصح رواياته.

وقول غيره بأنها تنتظر الوضع أبدًا هو الذي رجحه الشيخ عن جميعها، يدل عليه تقديمه إياه على أقوال مالك، فقوله: عند مالك، متبري كما قال أبو محمد في «رسالته»[١]: «وليس عليه تخليلها في الوضوء في قول مالك»؛ [لأن][٢] الشيخ قَصَّرَ في حفظ المذهب؛ لأن الأول هو قول مالك أيضًا في رواية أشهب في عزو اللخمي، وعزاه ابن العربي في «أحكام القرآن»[٣] لأشهب ومالك، قال: وهو الصحيح؛ لأنه إذا جاز أن تبقى خمسة أعوام جاز أن تبقى أكثر.

وروي عن مالك: أن منتهى الحمل ست سنين، حكاه ابن عبد البر[٤].

وقيل: المعتبر قدر ما يراه النساء، وحمل المغربي قولها في «كتاب أمهات الأولاد»[٥] عليه.

وقيل: المعتبر تسعة أشهر فقط، حكاه الجوهري في «إجماعه» عن محمد بن عبد الحكم.

قال ابن عبد السلام: ولا أعلم له موافقًا، كما لا أعلم له وجهًا؛ لأن العيان

---

(١) «الرسالة» (ص/ ١٦).

(٢) في ب: إلَّا أن .

(٣) «أحكام القرآن» (٣/ ٨٠).

(٤) «الكافي» (٢/ ٦٢٠).

(٥) «المدونة» (٢/ ٢٤).

وإذا وضعت الحامل علقة أو مضغة أو جنينًا ميتًا قد تبين خلقه أو لم يتبين خلقه حَلت بوضعه.

اقتضى خلافه بما لا شك فيه ولعله لم يصح عنه فتحصل في المسألة [سبعة][(١)] أقوال، والقول بأربع سنين هو نصها في «كتاب العتق الثاني»[(٢)].

وَصَرَّحَ عبد الوهاب[(٣)] بأنه المشهور، وصرح غيره بأن المشهور هو قولها في «كتاب العتق وطلاق السنة»[(٤)] بخمس سنين.

قال المتيطي: وبه القضاء.

وقال ابن الهندي: لم يمض العمل إلا بها قبله يليه.

قوله: (وإذا وضعت الحامل علقة أو مضغة أو جنينًا ميتًا قد تبين خلقه أو لم يتبين خلقه حلت بوضعه).

ظاهر كلامه: أن الدم المجتمع لا أثر له وهو كذلك عند أشهب.

وقال فيها في «كتاب الديات»[(٥)]: إنه معتبر.

نَصّ على ذلك لما أخذ يتكلم على الغرة.

قال شيخنا أبو مهدي - رحمه الله تعالى-: وعلى البراذعي «درك في إسقاطه».

وأجبته: بأنه إنما أسقطه لكونه ذكره في «كتاب الاستبراء» فأنكر عليّ ذلك فقال له صاحبنا الفقيه المدرس أبو محمد عبد الله بن عبد السلام الباجي: نعم ذكره كما قال.

وعكس عياض في «إكماله» العزو فعزا ما لأشهب لابن القاسم، وما لابن القاسم لأشهب.

وما زال أشياخنا ينبهون عليه كما قاله ابن عبد السلام.

(١) في ب: تسعة.

(٢) «التهذيب» (٢/ ٥١٨).

(٣) «الإشراف» (٢/ ٨٠١)، و«المعونة» (١/ ٩٢٣).

(٤) «التهذيب» (٢/ ٤٢٩).

(٥) «التهذيب» (٤/ ٥٧٥).

فصل: في عدة الأمة:

وعدة الأمة ذات الحيض في الطلاق حيضتان، وإن كانت حاملاً فعدتها وضع حملها، وإن كانت يائسة أو صغيرة يوطأ مثلها فثلاثة أشهر عدتها، ولا فرق في ذلك بين الحرة والأمة فإن كانت مرتابة أو مستحاضة فعدتها سنة، وهي في ذلك مثل المطلقة الحرة.

قوله: (وعدة الأمة ذات الحيض في الطلاق حيضتان، وإن كانت حاملًا فعدتها وضع حملها).

لا مفهوم لقوله: «**الأمة**»، بل وكذلك أم الولد، ومن فيها بقية رق لتصريحها بذلك.

وفي قولها وقول الشيخ مسامحة لقولهما: «حيضتان»، والصواب «طهران» لأن الأقراء هي الأطهار.

قوله:(وإن كانت يائسة أو صغيرة يوطأ مثلها فعدتها ثلاثة أشهر ولا فرق في ذلك بين الحرة وبينها، وإن كانت مرتابة أو مستحاضة فعدتها [سنة][1] وهي في ذلك مثل المطلقة الحرة).

ما ذكره هو قولها[2]، وهو المشهور.

وقيل: شهران، قاله أشهب.

وقيل: شهر ونصف، قاله ابن الماجشون.

وظاهرها: ولو أمن الحمل ممن يوطأ مثلها وهو كذلك على المعروف.

وقال ابن لبابة: لا عدة عليها إذا أمن حملها.

قال ابن رشد في «مقدماته»[3]: وهو شذوذ، وظاهرها لو كان مثلها لا يوطأ فإنه لا عدة عليها وهو كذلك.

قال عبد الوهاب[4]: لأن وطأها حرج وإفساد، حكاه اللخمي.

(١) سقط من ب .

(٢) «التهذيب» (٢/ ٤١٣).

(٣) «المقدمات» (١/ ١٣١).

(٤) «الإشراف» (٢/ ٧٩٨)، و«التلقين» (١/ ١٣٧)، و«المدونة» (٢/ ٩٢٣) .

باب: العدة من الوفاة

فصل: في عدة الحرة والأمة من الوفاة:

وعدة الحرة من وفاة زوجها مدخولاً بها أو غير مدخول بها صغيرة كانت أو كبيرة، أربعة أشهر وعشر، وإن كانت أمة فعدتها من وفاة زوجها شهران وخمس ليالٍ.

فصل: في عدة من لم تحض بعد وفاة زوجها والمرتابة:

وإذا لم تحض المعتدة من الوفاة حيضة في عدتها ولم ترتب بنفسها انتظرت تمام تسعة أشهر من يوم توفي عنها زوجها، وإن ارتابت بنفسها وأحست شيئًا تنكره في جوفها انتظرت حتى تزول ريبتها، وإن كانت عدتها أن تحيض في كل ستة أشهر مرة أو في كل سنة مرة، فتوفي عنها زوجها ففيها روايتان:

باب: العدة من الوفاة

فصل: في عدة الوفاة:

قوله: (قال: وعدة الحرة من وفاة زوجها مدخولًا بها كانت أو غير مدخول بها، صغيرة كانت أو كبيرة أربعة أشهر وعشرًا، وإن كانت أمة فعدتها من وفاة زوجها شهران وخمس ليال).

يريد: وسواء كان الزوج صغيرًا أو كبيرًا، حرًّا أو عبدًا، مجبوبًا أو سليمًا، لتصريحها بذلك.

قوله: (وإذا لم تحض المعتدة من الوفاة حيضة في عدتها ولم ترتب بنفسها انتظرت تمام تسعة أشهر من يوم توفي عنها زوجها).

هذا منه كالنص في أن عدة الوفاة [عنده][(١)] أربعة أشهر مع حيضة وهو كذلك.

وقال ابن الماجشون: لا أثر لتأخير الحيض.

قوله: (وإن ارتابت بنفسها وأحسّت بنكرة في جوفها انتظرت حتى تزول ريبتها، وإن كانت عادتها أن تحيض كل ستة أشهر مرة، أو في كل سنة مرة فتوفي عنها زوجها ففيها روايتان:

---

(١) في ب: عنها.

إحداهما: أنها تعتد أربعة أشهر وعشرًا ولا تنتظر حيضتها حتى تحيض، فتبرأ من عدتها.

والأخرى: أنها تنتظر حيضتها حتى تحيض فتبرأ من عدتها

فصل: في عدة زوجة المسلم الكتابية:

وإذا توفي المسلم عن الكتابية، وقد دخل بها، ففيها **روايتان**:

إحداهما: أنها تعتد بأربعة أشهر وعشر كالحرة المسلمة.

والأخرى: أنها تستبرئ نفسها بثلاث حيض، وإن توفي عنها قبل الدخول بها تخرجت على **روايتين**:

إحداهما: أنها تعتد أربعة أشهر وعشرًا ولا تنتظر حيضتها.

والأخرى: أنها تنتظر حيضتها حتى تحيض فتبرأ من عدتها).

يعني على ما تقدم من الأربعة الأقوال على ما نقله.

قوله: (وإذا توفي المسلم عن الكتابية وقد دخل بها ففيها روايتان:

إحداهما: أنها تعتد أربعة أشهر وعشرا كالحرة المسلمة.

والأخرى: أنها تستبرئ [رحمها][1] بثلاث حيض).

الرواية الأولى هي قولها[2] وهو المشهور بناء على أنها مخاطبة بفروع الشريعة.

والرواية الثانية: بناء على عدم خطابها.

قال ابن رشد[3]: وهذا أيضًا على مذهب من يرى أن الثلاث حيض كلها استبراء، وأما من ذهب إلى أن الحيضة الواحدة استبراء والاثنان عبادة فلا يوجب عليها في الوفاة والطلاق إلا الاستبراء بحيضة واحد وإن كانت مدخولًا بها.

قوله: (وإن توفي عنها قبل الدخول بها تخرجت على روايتين:

---

(١) في ب: نفسها.

(٢) «التهذيب» (٢/ ٤١٣).

(٣) «البيان» (٥/ ٤٧٢)، و«المقدمات» (١/ ٥٠٨).

إحداهما: أنه لا شيء عليها للعمل ببراءة رحمها.

والأخرى: أنها تعتد أربعة أشهر وعشرًا، وفي وجوب الإحداد عليها في عدتها روايتان:

إحداهما: أن عليها الإحداد على زوجها.

والأخرى: أنه لا إحداد عليها.

فصل: في عدة أم الولد:

وعدة أم الولد من وفاة سيدها حيضة، إذا كانت ممن تحيض، وإن كانت يائسة من حيضتها فعدتها ثلاثة أشهر، وإن كانت مستحاضة أو مرتابة فعدتها تسعة

إحداهما: أنه لا شيء عليها للعلم ببراءة رحمها.

والرواية الأخرى: أنها تعتد أربعة أشهر وعشرًا.

وفي وجوب الإحداد عليها في عدتها تتخرج على روايتين:

إحداهما: أن عليها الإحداد على زوجها.

والأخرى: أن لا إحداد عليها).

سبب الخلاف: هو ما تقدم من خطابها وعدمه، والقولان فيها إلا أن القول الثاني عزاه البراذعي لابن نافع.

قال عياض: سقط في كثير من النسخ قول ابن نافع ولم يكن عند ابن عات وثبت في كثير من النسخ، وكذا اختصره أبو محمد وغير واحد، وثبت في [أصل][1] ابن أبي عيسى عن نافع عن مالك، وهو صحيح لابن نافع وابن كنانة وأشهب في غير قولها.

قلت: وعزاه أبو محمد لرواية أشهب، وبهذه المسألة وشبهها رد ابن هارون على القرافي في قوله: الخلاف بالخطاب وعدمه إنما تظهر ثمرته في الدار الآخرة هل يؤثمون على عدم إيمانهم فقط أو عليه وعلى الفروع؟

قوله: (وعدة أم الولد من وفاة سيدها حيضة إذا كانت ممن يحيض، وإن كانت يائسة من حيضتها فعدتها ثلاثة أشهر، وإن كانت مستحاضة أو مرتابة فعدتها تسعة

---

(١) في ب: فصل .

أشهر، وعدتها من وفاة زوجها عدة الأمة شهران وخمس ليال، فإن زوجها سيدها ثم مات السيد والزوج ولا يعلم أيهما مات قبل صاحبه، فعدتها أقصى الأجلين أربعة أشهر وعشر ولا حيضة لها فيها إلا أن يكون بين موتها أكثر من شهرين وخمس ليال ولا يعلم مع ذلك أيهما مات قبل صاحبه، فتعتد أربعة أشهر وعشرا فيها حيضة، فإذا انقضت شهورها قبل حيضتها، انتظرت حيضتها.

أشهر، وعدتها من وفاة زوجها عدة الأمة شهران وخمس ليال).

يريد: وإن كانت حاملًا فحتى تضع، وهو نصها[1] عن سليمان بن يسار، وهو وفاق.

ولا خصوصية لقول الشيخ: «**من وفاة سيدها**» بل وكذلك عتق السيد لها ، صَرَّحَ بذلك فيها[2].

قوله: (**فإن [زوجها][3] سيدها ثم مات السيد والزوج ولم يعلم أيهما مات قبل صاحبه فعدتها أقصى الأجلين أربعة أشهر وعشرا.**

ولا [خصوصية][4] فيها إلا أن يكون بين موتيهما أكثر من شهرين وخمس ليال ولا يعلم مع ذلك أيهما مات قبل صاحبه فتعتد أربعة أشهر وعشرًا فيها حيضة، فإن انقطعت شهورها قبل حيضتها انتظرت حيضتها).

قال فيها[5]: وأم الولد إذا مات زوجها وسيدها ولم يعلم أولهما موتًا فلتعتد أربعة أشهر مع حيضة.

قال سحنون: وهذا إذا كان بين الموتين أكثر من شهرين وخمس ليال، وإن كان بين موتهما أقل من شهرين وخمس ليال فعليها أربعة أشهر وعشرًا مع حيضة.

---

(١) «التهذيب» (٢/ ٤١٣).

(٢) «التهذيب» (٢/ ٤١٤).

(٣) في أ: تزوجها .

(٤) في ب: حيضة .

(٥) «التهذيب» (٢/ ٤١٨).

....

❁ ❁ ❁

قال أبو القاسم ابن شبلون: والشهران وخمس ليال [كالأول][١].

ولم يحفظه ابن يونس وعزا ذلك لنفسه فقال: يريد أو شهرين وخمس ليال.

وكلام الشيخ يدل على هذه التتمة.

قال بعضهم: وجهل ما بين التوأمين [بالأكثر][٢].

❁ ❁ ❁

(١) في ب: كالأقل.

(٢) في ب: كالأكثر.

باب: في الانتقال في العدة والبناء على ما مضى منها واستئنافها

فصل: فيمن توفي عنها زوجها وهي في عدة طلاق رجعي أو بائن:

ومن طلق امرأته طلاقًا رجعيًّا ثم مات عنها وهي في عدتها انتقلت إلى عدة الوفاة.

فإن طلقها طلاقًا بائنًا، ثم مات وهي في عدتها ثبتت على عدة الطلاق، ولم يلزمها الانتقال إلى عدة الوفاة.

باب: في الانتقال في العدة والبناء على ما مضى منها واستئنافها

قوله: (ومن طلق امرأته طلاقًا رجعيًّا ثم مات عنها وهي في عدتها انتقلت إلى عدة الوفاة).

ما ذكر مثله فيها[١] ووجهه أن أحكام الزوجية جارية بينهما.

وقال مالك في «كتاب محمد»: الموت يهدم العدة كما تهدمها الرجعة.

قال فيها[٢]: وقال ابن عباس وغيره: عليها [أقصى][٣] الأجلين.

والغير هو سليمان بن يسار .

قال أبو عمران: قد يكون وفاقًا أي أنها وإن رأت الدم ثلاث مرات قبل الأربعة أشهر وعشرًا [فلابد لها من الأربعة أشهر وعشرًا][٤] آخر الأجلين.

قوله: (فإن طلقها طلاقًا بائنًا ثم مات وهي في عدتها ثبتت على عدة الطلاق ولم يلزمها لموته عدة).

ما ذكره مثله فيها[٥]، وهو بَيِّن.

---

(١) «التهذيب» (٢/ ٤٢٧).

(٢) «التهذيب» (٢/ ٤١٥).

(٣) في أ: انقضاء، والمثبت من أ، و«التهذيب» .

(٤) سقط من ب.

(٥) «التهذيب» (٢/ ٤٢٧).

فصل: في الأمة المطلقة تعتق أو يموت عنها زوجها أثناء عدتها:

وإذا طلقت الأمة ثم أعتقت وهي في العدة ثبتت على عدة الأمة، ولم تنتقل إلى عدة الحرة، وإذا طلقت الأمة طلاقًا رجعيًّا ثم أعتقت في العدة ثم مات عنها زوجها بعد عتقها، وقبل انقضاء عدتها اعتدت من وفاته عدة الحرة أربعة أشهر وعشرا.

فصل: في عدة المرأة التي طلقت، ثم ارتجعت ثم طلقت:

ومن طلق امرأته طلاقًا رجعيًّا، ثم راجعها في العدة، ثم طلقها بعد الرجعة وقبل أن يطأها أو بعد أن وطئها فذلك كله سواء، وتستأنف العدة من الطلاق الثاني بعد الرجعة.

وإن طلقها في عدتها قبل أن يرتجعها لزمه الطلاق فيها وثبتت على ما مضى من عدتها ولم تستأنف من الطلاق الثاني عدة،..........................

قوله: (وإذا طلقت الأمة ثم عتقت وهي في العدة ثبتت على عدة الأمة ولم تنتقل إلى عدة الحرة، وإذا طلقت الأمة طلاقًا رجعيًّا ثم عتقت وهي في العدة ثم مات عنها زوجها بعد عتقها وقبل انقضاء عدتها اعتدت من وفاته عدة الحرة أربعة أشهر وعشرًا).

يريد: إذا كان الطلاق بائنًا يدل على ذلك ما يليه.

قوله: (ومن طلق امرأته طلاقًا رجعيًّا ثم راجعها في العدة ثم طلقها بعد الرجعة وقبل أن يطأها أو بعد أن وطئها فذلك كله سواء، ويستأنف العدة من الطلاق الثاني بعد الرجعة).

ما ذكره هو قول مالك في «كتاب محمد».

قوله: (وإن طلقها في عدتها قبل أن يرتجعها لزمه الطلاق فيها وثبتت على ما مضى من عدتها ولم تستأنف من الطلاق الثاني عدة).

وجه [لزوم][1] الطلاق ما تقدم من أن أحكام الزوجية بينهما باقية، وإنما لم تستأنف من الطلاق الثاني عدة لعدم رجعتها لها.

---

(١) في ب: لزومه.

وإن طلقها طلاقًا بائنًا، ثم نكحها في عدتها أو بعد انقضاء عدتها، ثم طلقها قبل أن يطأها فلا عدة عليها من الطلاق الثاني، فإن وطئها بعد أن نكحها، ثم طلقها، استأنف العدة من يوم طلقها الطلاق الثاني.

❁ ❁ ❁

قوله: (فإن طلقها طلاقًا بائنًا ثم نكحها في عدتها أو بعد انقضاء عدتها ثم طلقها قبل أن يطأها فلا عدة عليها من الطلاق الثاني وتبني على عدتها، وإن وطئها بعد أن نكحها ثم طلقها استأنفت العدة من يوم طلقها الطلاق الثاني).

أراد بقوله: «قبل أن يطأها» أنه قيد في المسألتين، وما ذكره بَيِّن؛ لأن المطلقة قبل البناء لا [عدة](١) عليها، ولذلك قال في التي تليها: إنها تستأنف.

قال مالك في «كتاب محمد»: ولو نكحها بعد الخلع ثم مات قبل البناء كان عليها أقصى الأجلين مع الإحداد.

واعترض أبو عمران قوله: «أقصى الأجلين»، وقال: يلزم هذا إما أن يجعلها تمضي على عدة الطلاق، أو يجعل النكاح يهدم عدة الخلع فتعتد عدة الوفاة فقط.

وقال: يلزم على هذا أن الحامل إذا خالعها زوجها ثم تزوجها ثم توفي قبل الدخول أن يوجب عليها أقصى الأجلين، وكأنه نحا أن بوضع الحمل تنقضي به عدتها، وأن غير الحامل انقضاء عدتها أربعة أشهر وعشرًا من يوم مات زوجها.

❁ ❁ ❁

---

(١) في ب: عدتها .

باب: الإحداد في العدة

فصل: في إحداد المتوفى عنها زوجها:

قال مالك - يرحمه الله: ولا إحداد على كل مطلقة رجعية كانت أو بائنة، وإنما الإحداد على المتوفى عنها زوجها حتى تنقضي عدتها بانقضاء شهورها أو وضع حملها.

والإحداد الامتناع من الطيب كله مؤنثه ومذكره، ومن الحلي كله الخاتم وما فوقه، ومن لباس المصبوغات الحمر، والصفر، والخضر.

باب: الإحداد في العدة

قوله: **(قال: ولا إحداد على كل مطلقة رجعية كانت أو بائنة، والإحداد عن المتوفى عنها زوجها حتى تنقضي عدتها بانقضاء شهورها أو وضع حملها)**.

إنما لم يكن الإحداد على المطلقة؛ لأن لها من [يحرمها][1] ويمنعها من التزويج وهو الزوج.

وظاهر كلام الشيخ في المتوفى عنها وإن كانت أمة أو صغيرة، وهو كذلك لنصها[2] بذلك.

وفي «الكافي»[3]: قيل: لا إحداد على الصغيرة، وعلى الأول فقال الباجي: إن عقلت الامتثال أمرت به، وإلا فقال عيسى: يجنبها أهلها ذلك.

[وفيها: الإحداد على أمرأة المفقود، وفيها خلاف .

واختلف في النكاح الفاسد: **فقيل**: فيه الإحداد؛ لأنه نكاح يلحق فيه النسب.

وقيل: لا][4].

قوله: **(والإحداد الامتناع من الطيب كله: مؤنثه ومذكره، ومن الحلي كله الخاتم فما فوقه، ومن لباس المصبوغات الحمر والصفر والخضر)**.

---

(١) في أ: يحرسها.

(٢) «التهذيب» (٢/ ٤١٦).

(٣) «الكافي» (٢/ ٦٢٢).

(٤) سقط من أ.

ولا بأس بلباس البياض والسواد والدكن والكحليات.

ابن محرز وابن الحاجب[١]: الإحداد ترك الزينة المعتادة.

واعترضه بعض شيوخنا[٢]: بأنه غير جامع؛ لأنه يقتضي جواز لبس الخاتم مثلًا لمن عليها ثياب رثة؛ لأن العادة تقتضي أن الزينة المعتادة لا يلبس الخاتم إلا من عليها زي يقتضيه.

قال: فحدّه أن يقال: الإحداد ترك ما هو زينة ولو مع غيره.

قال عبد الوهاب[٣]: وإنما منعت من اتخاذ الطيب والزينة لأنهما داعيان إلى النكاح فمنعت من ذلك كما منع المحرم منه، ولأنها لما منعت من التصريح بالقول كانت بأن تمنع مما هو أبلغ مما يدعو إلى ذلك أولى.

وما ذكر الشيخ هو قولها[٤]: «ولا تمس طيبًا».

وفي «**الموازية**»: ولا تحضر عمل الطيب ولا بيعه ولا تتجر فيه ولو كان كسبها.

قوله: (ولا بأس بلباس البياض والسواد والدكن والكحليات).

أراد بـ«لا بأس» صريح الإباحة، ومثله روى الباجي[٥] بجوازه في السواد وهو نص «الرسالة»[٦]، والمراد إلا أن يكون ذلك زي قوم فإنها تمنع وهو قول عبد الوهاب[٧] : كل لون تتزين في النساء تمنعه الحاد.

وحمل اللخمي قول عبد الوهاب على الخلاف لقوله[٨]: وهذا أحسن وأرى أن تمنع الثياب الحسنة وإن كانت بيضاء وكذا رفيع السواد.

---

(١) «جامع الأمهات» (ص/ ٣٢٥).

(٢) «مختصر ابن عرفة» (٧/ ٥٠) .

(٣) «الإشراف» (٢/ ٧٩٩)، و«المعونة» (٢/ ٩٢٩).

(٤) «التهذيب» (٢/ ٤١٧).

(٥) «المنتقى» (٤/ ١٤٤).

(٦) «الرسالة» (ص/ ٩٩).

(٧) «الإشراف» (٢/ ٧٩٨)، و«المعونة» (٢/ ٩٢٨).

(٨) «الإشراف» (٢/ ٨٠١)، و«المعونة» (٢/ ٩٣٠).

وتمتنع من الكحل إلاّ أن تضطر إليه فتكتحل ليلًا وتمسحه نهارًا،..........

وفيها: «لا تلبس الحاد شيئًا من المصبغات».

قال عروة: إلا أن يصبغ سوادًا .

فظاهر قول مالك المنع بالإطلاق، وعلى ذلك حمله بعض شيوخنا .

فتحصل في هذه المسألة طريقان:

الأولى: جواز لبس البياض مطلقًا، واختار اللخمي منعه فيما حسن منه، وأما السواد ففيه أربعة أقوال:

الجواز: لرواية محمد ونص «الرسالة»[١]، وهو قول الشيخ والمنع لمالك على ما فهم بعض شيوخنا أنه خلاف لقول عروة.

والمنع: إن كان مما يتزين به، قاله عبد الوهاب[٢].

والمنع في رفيعه، قاله اللخمي.

الطريق الثانية: على ما اخترناه أنه يرجع بالجميع لوفاق فمن أجاز إنما هو لعرفه فإنه لا يتزين بذلك، ومن منع جرى العرف عنده بالتزين به، وكذلك فيما اختاره اللخمي.

قوله: (وتمتنع من الكحل إلا أن تضطر إليه فتكتحل ليلًا وتمسحه نهارًا).

ما ذكر هو قول مالك في «الموازية»، وقيل: إنه لا يجوز وإن اشتكت عينها، قاله **مالك في** «مختصر ابن عبد الحكم».

وفيها[٣]: «ولا تكتحل إلا من ضرورة فلا بأس به».

[فقال][٤] بعض شيوخنا[٥]: فظاهرها إن اكتحلت بالليل لضرورتها لا يلزمها إزالته بالنهار.

---

(١) «الرسالة» (ص/ ٩٩).

(٢) «الإشراف» (٢/ ٧٩٩)، و«المعونة» (٢/ ٩٣٠).

(٣) «التهذيب» (٢/ ٤١٧).

(٤) في ب: قال.

(٥) «مختصر ابن عرفة» (٧/ ٥٤) .

ويجوز لها أن تحشو رأسها بالسدر، وكذلك كل ما لا يختمر في الرأس.

ولا تختضب بحناء، ولا بزعفران، ولا بخلوق، ولا تقرب شيئًا من الأدهان المطيبة مثل [البان][(١)] والخيري ودهن الورد، ودهن البنفسج، ولا بأس بالزيت والشيرج والسمن.

وأطلق اللخمي ما في «المختصر»، وَقَيَّدَه الباجي بقوله: معناه إلا أن تدعو إلى ذلك ضرورة.

وأما الكحل للتداوي بما لا طيب فيه فظاهر كلامهم جوازه اتفاقًا.

قوله: (ويجوز لها أن تحشو رأسها بالسدر، وكذلك كل ما لا يتخمر في الرأس).

ما ذكره هو قولها[(٢)].

وتمتشط بالسدر وشبهه مما لا يتخمر في رأسها، والسدر هو ورق النبق، قاله المغربي.

قوله: (ولا تختضب بحناء ولا بزعفران ولا خلوق).

الحناء ممدود، والخلوق أعم من الزعفران، والله أعلم.

قوله: (ولا تقرب شيئًا من الأدهان المطيبة مثل [البان][(٣)] والخيري ودهن الورد والبنفسج).

الخيري: هو بالخاء المعجمة، قال أبو محمد صالح: يقول أهل فاس: رائحته بالليل أقوى منه بالنهار.

قوله: (ولا بأس بالزيت والشيرق والسمن)

عياض[(٤)]: والشيرق: بكسر الشين المعجمة، وآخره قاف، ويقال: بالجيم أيضًا، وهو دهن السمسم.

---

(١) في مطبوع «التفريع» : اللبان، والمثبت من ب، وهو الصواب .

والبَان: وهو شجر الخِلاف، وأصل دهنه من السمسم؛ لأن البان يفرش تحت السمسم ليكسبه رائحة إلى أن تعبق الرائحة، ثم يُعصر السمسم ، فهو من السمسم ، إلا أن رائحته رائحة البان . ا هـ .«النظم المستعذب» (١/ ١٩٤) .

(٢) «التهذيب» (٢/ ٤١٧).

(٣) في أ: اللبان، والمثبت هو الصواب .

(٤) «التنبيهات» (٢/ ٧٤٢).

باب: في السكن في العدة

فصل: في إقامة المعتدة في بيت الزوجية مدة العدة:

ولا يجوز للمعتدة من وفاة أو طلاق أن تنتقل من بيتها الذي كانت فيه قبل الوفاة أو الطلاق حتى تنقضي عدتها إلا أن تخاف عورة منزلها أو ما أشبه ذلك مما لا يمكنها المقام معه، فتنتقل من منزلها إلى غيره، وتقيم في الموضع الذي انتقلت إليه حتى تنقضي عدتها.

باب: في السكنى في العدة

قوله: (**قال: ولا يجوز للمعتدة من وفاة أو طلاق أن تنتقل من بيتها الذي كانت فيه قبل الوفاة أو الطلاق حتى تنقضي عدتها إلا أن تخاف عورة منزلها أو ما أشبه ذلك مما لا يمكنها المقام معه فتنتقل من منزلها إلى غيره وتقيم في الموضع الذي انتقلت إليه حتى تنقضي عدتها**).

ما ذكره في الطلاق لا خلاف فيه، وما ذكره في الموت هو المشهور.

وروى ابن خويز منداد: سقوط السكنى، وقاله ابن القصار محتجًّا بأن ملك الزوج للدار قد زال بموته.

ووقع لابن نافع ما يقتضيه، واختاره ابن عبد السلام.

وظاهر كلام الشيخ: سواء كان الطلاق بائنًا أو رجعيًّا كظاهر «التهذيب»[(١)] وليس في «الأم» إلا المبتوتة والمتوفى عنها، وسكت عن الرجعية.

قال ابن رشد: إنما سكت لأن الله تعالى نص على لزومها بيتها وانعقد عليه الإجماع، وإنما تكلم فيها على المشكل، وقد اختلف في المبتوتة هل يلزمها المقام في بيتها على قولين.

وأراد الشيخ بقوله: «**إلا أن تخاف عورة منزلها**» أي: إذا خافت من لصوص، وخصصه فيها بقوله: من خوف سقوطه أو خوف لصوص بقرية لا مسلمون فيها ونحوه.

وإن كانت في مدينة فلا تنتقل لضرر جوار ولترفع ذلك إلى الإمام.

---

(١) «التهذيب» (٢/ ٣٦٣).

وإن كان مستأجرًا، فأخرجها أربابه جاز أن تسكن غيره، ويستحب لأرباب المنزل ألا يخرجوها حتى تنقضي عدتها.

فصل: في أحقية المتوفى عنها زوجها في سكن بيته مدة عدتها:

وإن كان مسكن المتوفى عن زوجته ملكًا له، لم يجز لورثته أن يخرجوها منه حتى تنقضي عدتها، وكذلك إن كان مسكنه مستأجرًا وقد أدى أجرته، كانت

قال بعض شيوخنا: وضابطه على ما قال: إن قدرت على رفع ضررها بوجه لم تنتقل، وحملها ابن عات على الفرق بين القرية والمدينة؛ لأن بها من يرفع إليه أمرها بخلاف القرية غالبًا.

قوله: (فإن كان مسكنها مستأجرًا فأخرجها أربابه منه جاز أن تسكن غيره، ويستحب لأرباب المنزل ألَّا يخرجوها منه حتى تنقضي عدتها).

ما ذكره هو قولها(١): «ولرب الدار إخراجها منها في عدتها إذا انقضى أجل الكراء».

قال عياض(٢): معناه: إذا كان إخراجهم لحاجة من سكنى أو بناء وشبهه كذا فسره ابن كنانة في [«المدنية»](٣) و«المبسوطة»، وليس لهم أن يزيدوها في الكراء، ومعناه عندي: من قبل أنفسهم، [أما إن](٤) جاء من يكتري بأكثر كان لهم إخراجها إلا أن تلتزم الزيادة هي أو الزوج.

ولا خلاف أن أهل الدار متى تركوها بكراء المثل أنه لازم للزوج في الطلاق، ولها في الوفاة.

قوله: (وإن كان مسكن المتوفى عن زوجته ملكًا له لم يجز لورثته أن يخرجوها منه حتى تنقضي عدتها، وكذلك إن كان مسكنه مستأجرًا، وقد أدى أجرته كانت ....

---

(١) «التهذيب» (٢/ ٤٣٤).

(٢) «التنبيهات» (٢/ ٧٦٣).

(٣) في ب: المدونة.

(٤) في أ: لما أن .

أحقّ بسكناه من سائر ورثته.

وإن لم يكن المسكن له، ولم يؤدَّ أجرته كان لأربابه إخراجها منه، ولم يكن على الورثة استئجاره لها، كان للميت مال أو لم يكن له مال، وعليها أن تستأجر هي ذلك من

أحق بسكناه من سائر ورثته).

زاد فيها[١] [هي][٢] أحق بسكنى دار الميت من غرمائه، وتباع ويشترط سكناها.

ابن عبد السلام: في قول أهل المذهب بتقديم حق المعتدة على الغرماء نظر لأنه يوجب كون حقها بعد الموت وانقطاع الزوجية أقوى منه في الحياة مع بقاء العصمة فيكون التابع أقوى من متبوعه، هذا خلف لأن سكنى العدة إنما وجب تبعًا لسكنى الحياة.

وما ذكر أنه خلف ليس كذلك، بل أصول المذهب تدل على ما ذكروه كرد السلام، فإنه فرض مع أن سببه السلام.

وكذلك ثواب الهبة تبع للهبة فقد جعلوا فيها التابع أقوى من متبوعه.

ولبعض شيوخنا كلام في رده [بأوعب][٣] من هذا، وأخذ من قولها[٤]: جواز بيع الدار واستثنى سكناها خمس سنين [...].

وَخَرَّجَ بعضهم من بيعها للغرماء أن من خلّف حملًا وعليه دين وله عقار أنه يباع للغرماء، و[خالف][٥] فيه ابن أيمن وقال: لا يباع حتى تضع الحمل وبه العمل.

قوله: (وإن لم يكن المسكن له، أو لم يؤد أجرته كان لأربابه إخراجها منه ولم يكن على ورثته استئجاره لها كان للميت مال أو لم يكن وعليها أن تستأجر هي ذلك من

(١) «التهذيب» (٢/ ٤٤٠).

(٢) في أ: هو .

(٣) في ب: بأوجب .

(٤) «التهذيب» (٢/ ٤٤٠).

(٥) في ب: وخالفه .

مالها، وتقيم في الموضع الذي كان يسكن فيه زوجها، فإن أخرجت منه ولم يؤاجر منها انتقلت إلى غيره، وأقامت به.

فصل: في خروج المعتدة من بيتها في حوائجها:

ولا بأس على المعتدة أن تخرج نهارًا في حوائجها، وكذلك خروجها في طرفي النهار أوله وآخره عند انتشار الناس في أوله، وإلى قدر هدوئهم في آخره، ولا تخرج في وسط الليل ولا تبيت في غير منزلها، وإن كانت خرجت في أول ليلة من عدتها، وباتت في غير منزلها، فقد أثمت في فعلها، ولا يجوز لها أن تفعل ذلك في باقي عدتها.

مالها وتقيم في الموضع الذي كان يسكن فيه زوجها فإن أخرجت منه ولم يؤاجر منها انتقلت إلى غيره وأقامت فيه).

ما ذكر أن عليها أن تستأجر هي ذلك، يريد: إلا أن تطلبها أربابه بما لا يشبه فإنها تخرج منه لنصها[1] بذلك.

قوله: (ولا بأس على المعتدة أن تخرج نهارًا في حوائجها، وكذلك خروجها في طرفي الليل أوله وآخره عند انتشار الناس في أوله وإلى [وقت][2] هدوئهم في آخره ولا تخرج في وسط الليل ولا تبيت في غير منزلها، وإن كانت خرجت في أول ليلة من عدتها وباتت في غير منزلها فقد أثمت في فعلها.

ولا يجوز لها أن تفعل ذلك في باقي عدتها).

ما ذكر يفسره قولها[3]: «ولها التصرف نهارًا والخروج سحرًا قرب الفجر وترجع ما بينها وبين العشاء الآخرة».

وأراد بقوله: «قرب الفجر» أي قبله.

وقال اللخمي: أرى أن تحتاط للأنساب فتؤخر خروجها إلى طلوع الشمس وتأتي عند غروبها.

---

(١) «التهذيب» (٢/ ٤٣٤).

(٢) في ب: قدر.

(٣) «التهذيب» (٢/ ٤١٦).

فصل: في انتقال المعتدة من بيت الزوجية أثناء العدة:

وإذا توفي البدوي عن امرأته وهي في البادية اعتدت في بيتها ولم تنتقل منه، فإن انتقل أهلها، فلها أن تنتقل مع أهلها،فإن انتقل أهل زوجها لم تنتقل معهم،

قال ابن عات: ويدخله قول لابن القاسم أن لها الرجوع إلى ثلث الليل.

ورواية مطرف وقول محمد: إلى قدر هدوء الناس.

وقوله: إلى نصف الليل لقولها في الحج[١]: لا دم على من بات في غير منى ليالي منى إلا أن يبيت جل ليله.

قلت: ورده بعض شيوخنا[٢]: بأن مسمى المبيت في حق المعتدة أضيق منه في غيرها فتحصل في المسألة خمسة أقوال.

قوله: (وإذا توفي الرجل البدوي عن امرأته وهي بالبادية اعتدت بها في بيتها ولم تنتقل منه، فإن انتقل أهلها فلها أن تنتقل مع أهلها، وإن انتقل أهل زوجها لم تنتقل معهم).

ما ذكره هو قولها[٣] .

وتنتوي البدوية مع أهلها حيث انتووا لا حيث انتوى أهل الزوج، وأراد بقوله: «وتنتوي» أي: ترحل وتبعد من النواء وهو البعد.

وأخذ بعض شيوخنا من قولها: إن المرأة إذا ماتت وأراد زوجها دفنها في مقبرته وأراد أهلها دفنها في مقبرتهم فإن القول قول أهلها لفقد النص فيها، وارتضى ما ذكره من الإقامة شيخنا ـ حفظه الله تعالى ـ وأول من صَرَّحَ بفقد النص فيها فيما قد علمت الفاكهاني - رحمه الله تعالى- قال: ومن رأى نصًّا فيها فليضمه إلى هذا الموضع راجيًا ثواب الله الجزيل. ذكر ذلك عند تكلمه على قول أبي محمد في «رسالته».

«واختلف في كفن الزوجة».

---

(١) «التهذيب» (١/ ٥٣٩).

(٢) «مختصر ابن عرفة» (٧/ ٦٨، ٦٩) .

(٣) «المدونة» (٢/ ٤١).

وإن كانت في حضر وقرار لم يجز لها أن تنتقل مع أهلها، ولا مع أهل زوجها حتى تنقضي عدتها.

❁ ❁ ❁

قوله: (وإن كانت في حضر وقرار لم يجز لها أن تنتقل مع أهلها ولا مع أهل زوجها حتى تنقضي عدتها).

ما ذكر هو قولها: «ولا تنتوي من قرار».

❁ ❁ ❁

باب: في الاستبراء

فصل: في استبراء الأمة عند شرائها:

ومن اشترى أمة يوطأ مثلها فلا يطأها حتى يستبرئها، فإن كانت ممن تحيض فحيضة واحدة تبرئها، وإن كانت ممن لا تحيض من يأس أو صغر فثلاثة أشهر تبرئها،

باب: في الاستبراء

قوله: (قال: ومن اشترى أمة يوطأ مثلها فلا يطؤها حتى يستبرئها).

قال بعض شيوخنا[١]: الاستبراء: مدة دليل براءة الرحم لا لرفع عصمة أو طلاق.

ولا خصوصية لقول الشيخ: «**اشترى**» وإنما المراد انتقال الملك كالهبة والسبي.

وظاهر قول الشيخ يوطأ مثلها وإن كانت ممن يؤمن حملها كبنت تسع سنين، وهو كذلك في رواية ابن القاسم خلافًا لرواية ابن عبد الحكم، وظاهره لو كان لا يوطأ مثلها فإنه لا يستبرئها وهو كذلك.

قوله: (فإن كانت ممن تحيض فحيضة واحدة تبرئها).

ما ذكر أن استبراءها حيضة هو المشهور، قاله ابن الحاجب[٢]..

يعني: والشاذ: قرء، ولم يعرفه خليل، وبعض شيوخنا لأقدم منه،وإنما خَرَّجَه المازري على قول أشهب: أن المشتراة في أول دمها لا تكتفي بذلك.

[**قوله: (وإن كانت ممن لا تحيض من يأس أو صغر فثلاثة أشهر براءتها).**

ما ذكره هو أحد الأقوال الأربعة.

وقيل: شهر ونصف.

وقيل: شهران.

وكلاهما في «البيان»[٣]][٤].

---

(١) «مختصر ابن عرفة» (٧/ ٥).

(٢) «جامع الأمهات» (ص/ ٣٢٣).

(٣) «البيان» (١٣/ ٣٥٠).

(٤) سقط من ب.

وإنت كانت ممن تحيض فارتفعت حيضتها لغير يأس، فتسعة أشهر براءتها،وإن كانت حاملاً، فبراءتها أن تضع حملها.

قوله: (وإن كانت ممن تحيض فارتفعت حيضتها لغير يأس فتسعة أشهر براءتها، وإن كانت حاملًا فبراءتها أن تضع حملها).

يعني لا لمرض ولا لرضاع.

وما ذكره هو رواية ابن وهب وأشهب .

وروى ابن القاسم وابن غانم: ثلاثة أشهر، كذا نقل ابن رشد(١).

وقال اللخمي: روى ابن القاسم وابن وهب: [سبعة](٢).

وروى ابن أبي حازم وأشهب: ثلاثة.

وقال أشهب: وينظرها النساء.

قال بعض شيوخنا: والصواب عن ابن القاسم نقل ابن رشد لنصها(٣) بذلك.

وأما إن تأخر الحيض لمرض أو رضاع فثلاثة أشهر.

قال ابن رشد(٤): لا أعلم فيه خلافًا وقد يدخله بالمعنى.

وجعلها ابن الحاجب(٥) كالأولى، وسَلَّمَه ابن عبد السلام.

وقال بعض شيوخنا: لم أقف على ما قال، وأما إن ارتابت بحس بطن فتسعة أشهر اتفاقًا.

واستشكل:

بأنه إن زالت ريبتها قبلها حَلَّت وإن بقيت لم تحل، فالتسعة لغو.

وأجاب ابن مناس: بأن التسعة مع بقاء الريبة وإنما لقولها: إن ذهبت أو زادت وقبلوه.

---

(١) «البيان» (٤/ ٩٩).

(٢) في ب: تسعة .

(٣) «التهذيب» (٢/ ٤٥٥).

(٤) «البيان» (٤/ ١٠٠).

(٥) «جامع الأمهات» (ص/ ٣٢٣).

ولا يجوز لسيد الأمة المستبرأة أن يطأها في براءتها، ولا يقبلها ولا يباشرها، ولا يتلذذ منها بشيء حتى ينقضي استبراؤها.

فصل: استبراء الزانية والمغصوبة على نفسها:

وإذا زنت الحرة أو غصبت على نفسها وجب عليها الاستبراء من وطئها بثلاث حيض، ولا يجوز لها إن لم تكن ذات زوج أن تنكح حتى تستبرئ نفسها.

قوله: (ولا يجوز لسيد الأمة المستبرأة أن يطأها في براءتها ولا يقبلها ولا يباشرها ولا يلتذ بشيء منها حتى ينقضي استبراؤها).

ظاهره: وإن كانت حاملًا، وهو كذلك على المشهور.

وقال ابن حبيب: لا يحرم من الحامل من زنا، والمسبية إلا الوطء، نقله ابن الحاجب[١].

وقال ابن عبد السلام: ما ذكره عنه في الزنا لا أعرفه، له لكن قال سحنون فيمن اشترى أمة بالبراءة من حمل ظاهر: أنه لا بأس أن [ينال][٢] منها ما [ينال][٣] من الحائض إذا كان من غير السيد.

قال ابن يونس[٤]: ولعله ترخص في هذه الشيخ؛ لأنه يملك نفسه كما أرخص له النبي ﷺ القبلة في الصوم، فأما الشاب فلا.

وأجابه خليل[٥] بأنه نقله غير واحد عنه كالمازري[٦] وابن شاس[٧] وابن راشد[٨].

قوله: (وإذا زنت الحرة أو غصبت على نفسها وجب عليها الاستبراء من وطئها بثلاث حيض ولا يجوز لها إن لم تكن ذات زوج أن تنكح حتى تستبرئ نفسها،

---

(١) «جامع الأمهات» (ص/ ٣٢٤).

(٢،٣) في أ: ينازل.

(٤) «الجامع» (٧/ ٣٦٧).

(٥) «التوضيح» (٤/ ٤٥).

(٦) «شرح التلقين» (٢/ ٧١٠).

(٧) «عقد الجواهر» (٢/ ٤٣٤).

(٨) «لباب اللباب» (ص/ ١٨٩).

وإن كانت ذات زوج امتنع زوجها من وطئها حتى ينقضي استبراؤها، وإن كانت أمة، استبرأت نفسها بحيضة، كانت ذات زوج أو غير ذات زوج.

فصل: في الحامل من الزنا:

وإن حملت من الزنا لم يجز أن تنكح حتى تضع حملها، ولم يجز لزوجها إن كانت ذات زوج أن يطأها حتى تضع حملها، ولا يجوز لسيدها إذا لم تكن ذات زوج أن يطأها حتى تستبرئ نفسها بالحيض أو تضع الحمل.

فصل: في حرمة الوطء والتلذذ بالأمة في عدتها من طلاق أو وفاة:

ومن اشترى أمة معتدة من طلاق أو وفاة فلا يجوز له أن يطأها ولا يباشرها، ولا يتلذذ بشيء منها حتى تنقضي عدتها.

تم كتاب الطلاق

فإن كانت ذات زوج امتنع زوجها من وطئها حتى ينقضي استبراؤها.

وإن كانت أمة استبرأت نفسها بحيضة كانت ذات زوج أو غير ذات زوج وإن حملت من الزنى لم يجز أن تنكح حتى تضع حملها ، ولم يجز لزوجها إن كانت ذات زوج أن يطأها حتى تضع حملها، ولا يجوز لسيدها إن لم تكن ذات زوج أن يطأها حتى تستبرئ نفسها بالحيض أو وضع الحمل.

ومن اشترى أمة معتدة من طلاق أو وفاة فلا يجوز له أن يطأها ولا يباشرها ولا يتلذذ بشيء منها حتى تنقضي عدتها، فإن فعل ذلك لم تحل له أبدًا).

ما ذكره في ذات الزوج هو قول أصبغ، وتممه محمد فقال: فإن وطئها فلا شيء عليه، وهذا في غير بينة الحمل.

واختلف إذا غصبت بينة الحمل :

فقيل: إنَّ وطأها جائز، قاله أشهب .

وقيل: إنه مكروه، قاله أصبغ ورواه.

وقيل: يستحب تركه، قاله ابن حبيب.

❁ ❁ ❁

كتاب البيوع

باب: ما يجوز التفاضل فيه والنَّساء وما لا يجوز

فصل: في بيع المأكولات من الحبوب والتمر والزبيب والقطاني:

قال مالك يرحمه الله: ولا يجوز التفاضل في الجنس الواحد من المأكولات

كتاب البيوع

ابن عبد السلام : معرفة هذه الماهية معلومة بالضرورة لكل أحد حتى الصبيان، فلم يحتج إلى تعريفها .

قلت: ورده بعض شيوخنا[1]: بأن المعلوم ضرورة وجوده عند وقوعه لكثرة تكرره، ولا يلزم منه علم حقيقته كما تقدم في الحج.

وعرَّفه بعض الشيوخ: بأنه [وضع][2] عوض في معوض ، فيدخل الفاسد .

وَخَصَّصَ ابن بشير والمازري تعريف الحقائق الشرعية بصحيحها لأنه المقصود بالذات، فقالا: نَقْلُ مِلْكٍ بعوض، لاعتقادهما أن الفاسد لا ينقل الملك بل شبهته.

والبيع ينقسم أربعة أقسام:

بيع مساومة، وبيع مزايدة، وبيع استرسال واستئمان، وبيع مرابحة: فالأولان جائزان بلا خلاف وكذلك بيع المرابحة يجوز مطلقًا.

ومال المازري لمنعه إن افتقر إلى فِكَر حسابية، وكذلك بيع الاسترسال جائز في الأكثر .

وسمع عيسى ابن القاسم: من قال لبائع : بع لي كما تبيع من الناس، فإنه لا يصلح، ويفسخ إن كان قائمًا ويرد مثله إن كان مثليًّا وإلا ردَّ قيمته .

باب: ما يجوز التفاضل والنَّسَاء فيه وما لا يجوز

قوله:(قال مالك - رحمه الله تعالى-:

ولا يجوز التفاضل في الجنس الواحد من المأكولات..

---

(١) «مختصر ابن عرفة» (٧/ ٢٢٦) .

(٢) في ب: رفع.

المقتاتة، ولا بأس بالتفاضل في الجنسين منها يدًا بيد، ولا يجوز النَّسَاء في المأكولات كلها المقتاتة منها وغير المقتاتة.

والحنطة، والشعير، والسلت صنف واحد، ولا يجوز بيعها إلاّ مثلا بمثل يدًا بيد، ....

المقتاتة، ولا بأس في التفاضل في الجنسين منها، يدًا بيد، ولا يجوز النساء في المأكولات كلها، المقتاتة منها وغير المقتاتة).

اختلف في علة ربا الفضل على ستة أقوال:

فقيل: الاقتيات، قاله إسماعيل القاضي، وهو الذي ذكر الشيخ.

وقيل: الادخار لأكل غالبًا، قاله ابن نافع، وفي «الموطأ»[1] مثله.

وقيل: الاقتيات والادخار جميعًا، وهو قول مالك في غير «الموطأ»، والثلاثة حكاها الباجي[2].

وقيل: الادخار مع التفكه أو القوت أو إصلاحه، ذكره ابن بشير[3].

وقيل: العلة في البر الاقتيات، وفي التمر التفكه الصالح للقوت، وفي الملح كونه مؤتدم.

ما نقله اللخمي عن الأبهري عن بعض أصحابنا.

وقيل: العلة المالية فكل مالَيْن من جنس واحد لا يحل التفاضل بينهما فلا يباع ثوبين بثوب، قاله ابن الماجشون.

قال ابن بشير[4]: وهو يوجب الربا في الدور والأرضين، ولا يمكن قوله.

قوله: ([ما ذكر أن القمح][5] والشعير والسلت صنف واحد، ولا يجوز بيعها إلا مثلًا بمثل ويدًا بيد).

---

(١) «الموطأ» (٤/ ٩١٧).

(٢) «المنتقى» (٤/ ٢٣٩).

(٣) «التنبيه» (١/ ٣٣٩ أ).

(٤) «التنبيه» (١/ ٣٤١ ب).

(٥) في ب: والحنطة.

والتمر كله وألوانه صنف واحد لا يجوز بيعها إلاّ مثلا بمثل، والزبيب أحمره وأسوده والقشمش صنف واحد، والقطنية كلها أصناف مختلفة إلاّ الحمص واللوبيا فإنهما صنف واحد، والجلبان والبسيلة صنف واحد.

[ما ذكر أن القمح والشعير صنف واحد][1] هو المعروف.

وقال أبو القاسم السيوري وتلميذه عبد الحميد الصائغ: إنهما جنسان.

قال ابن عبد السلام: وهو الصحيح.

وما ذكر في السلت هو المذهب، وقول السيوري لا يتخرج فيه؛ لأنه أقرب للقمح من الشعير، قاله بعض شيوخنا[2].

واختلف في العلس والمشهور عدم الإلحاق بها ذكر، وقيل بإلحاقه بذلك. قاله ابن كنانة، وروي عن مالك.

قوله: (والتمر كله وألوانه صنف واحد).

يعني: كان جديدًا أو قديمًا، ولذلك أجاز مالك جديد التمر بقديمه، ومنعه عبد الملك.

قوله: (والزبيب أحمره وأسوده والقشمش صنف واحد).

والتين كله جنس واحد، قاله الباجي[3]، وكذلك العنب.

قوله: (والقطنية كلها أصناف مختلفة إلا الحمص واللوبيا، فإنها صنف واحد والجلبان والبسيلة صنف واحد).

اختلف في القطاني على أربعة أقوال: فقيل: أصناف وهو قول الأكثر.

وقيل: صنف واحد، رواه ابن وهب.

وقيل: الحمص واللوبيا صنف واحد، والبسيلة والجلبان صنف واحد، وما عدا ذلك أصناف مختلفة، قاله ابن القاسم وأشهب، وهو الذي ذكر الشيخ.

---

(١) سقط من ب.

(٢) «مختصر ابن عرفة» (٧/ ٤٠ ٧) .

(٣) «المنتقى» (٥/ ٤).

فصل: في بيع اللحوم:

ولحوم الأنعام والوحش صنف واحد، ولحوم الطير برية وبحرية صنف واحد، والسمك كله صنف واحد، ....

وقيل: الحمص والعدس صنف، وسائر القطاني أصناف. رواه أشهب.

واختلف في الكرسنة:

فقيل: هي من القطاني، قاله مالك.

وقيل: صنف على حدة قاله ابن حبيب.

وقيل: هي [غير][1] طعام بل علف وهو ظاهر قول يحيى بن يحيى وغيره: لا زكاة فيها.

واختاره ابن رشد[2].

قوله: (**ولحوم الأنعام والوحش صنف واحد**).

لا خصوصية لذكر اللحم بل وكذلك الشحم وغيره.

قال فيها[3]: ما أضيف لحم من شحم وكبد وكرش وقلب ورئة وطحال وكلى وحلقوم وكراع وخصاء ورأس وشبهه حكمه حكم اللحم.

ويقوم منها: جواز أكل خصاء الخصي، وهو منصوص عليه بذلك في «النوادر»[4] عن الأبياني.

ويقوم منها أيضًا: أن البشيمة تؤكل، وهو قول ابن القاسم، وأحد الأقوال الثلاثة.

وقيل: لا تؤكل.

وقيل: إن أكل الولد أكلت وإلا فلا.

قوله: (**ولحم الطير بحريه وبريه صنف واحد، والسمك كله صنف واحد**).

يعني: وسواء كان وحشيًّا أو إنسيًّا صغيرًا كان أو كبيرًا.

---

(١) سقط من أ.

(٢) «البيان» (٧/ ٩٦).

(٣) «المدونة» (٣/ ١٤٧)، و«التهذيب» (٣/ ٧٩).

(٤) «النوادر» (٦/ ٢٦).

والجراد صنف واحد رابع، والنعام من جملة الطير، وهو والطير صنف واحد.

فصل: في منع بيع الطري باليابس من التمر والزبيب واللحوم والألبان:

ولا يجوز بيع تمر برطب متماثلاً ولا متفاضلاً، ولا يجوز بيع زبيب بعنب، ولا يجوز بيع مالح الحيتان بطريها، ولا يجوز بيع طري اللحم بقديده، ولا يجوز بيع زبد بسمن ولا لبن بسمن، ولا زبد بجبن.

ابن عبد السلام: والقياس أن لحم الطير يختلف، والاختلاف بين لحوم ذوات الأربع أكثر، فإن لحوم الإبل لا تقارب الضأن قطعًا.

قوله: (والجراد صنف واحد رابع).

ما ذكر مثله ذكر ابن الحاجب[1].

ابن عبد السلام: يعني على القول بأنه ربوي، واضطرب المذهب في ذلك.

قلت: ظاهره أنه اضطرب المذهب هل هو صنف أو أصناف؟ على القول بأنه ربوي، ولم أقف عليه.

ويمكن أن يتخرج من القول بأنه لا يفتقر إلى نية؛ لأنه نثرة حوت أن يكون من دواب الماء لا صنف منفرد بذاته.

قوله: (والنعام من جملة الطير).

وخارج المذهب قول بأنه كلحوم ذوات الأربع.

قوله: (ولا يجوز بيع تمر برطب متماثلاً ولا متفاضلاً، ولا يجوز بيع زبيب بعنب، ولا يجوز بيع مالح الحيتان بطريها، ولا يجوز بيع طري اللحم بقديده، ولا يجوز بيع زيت بسمن، ولا لبن بسمن، ولا زبد ولا جبن).

ما ذكر أنه لا يجوز بيع الرطب متماثلًا هو كذلك باتفاق لوقوع الربا والمزابنة، وذلك أن التمر معلوم والرطب مجهول.

وقال اللخمي: يمنع في المنصوص، ويتخرج قول بالجواز من أحد القولين إجازة

---

(١) «جامع الأمهات» (ص/ ٣٤٥).

فصل: فيما يجوز في بيعه التفاضل والتماثل من الألبان واللحوم:

والألبان كلها صنف واحد، لبن الإبل والبقر، الغنم، ....

بيع اللحم الطري باليابس بجامع أن العوضين مما في كل واحد من المسألتين ربوي، ولم يطلب فيهما حالة الكمال.

وفرق بينهما: بأنا نمنع أن اليبيس في اللحم حال كمال، وإنما [الكمال][1] فيه حال الرطوبة فلا يطلب التيبيس فيه كما يطلب في الرطب فإن يبس التمر كماله، قاله ابن [يونس][2].

والتخريج عندي فاسد الوضع؛ إذ سئل ﷺ عن التمر بالرطب فقال لمن حوله: «**أينقص التمر إذا يبس؟**» قالوا: نعم، فنهاه عن ذلك[3].

وقد قال شارحو الحديث: سؤاله عليه السلام تقرير وليس استفهامًا حقيقة.

قوله: (والألبان كلها صنف واحد لبن الإبل والبقر والغنم).

يعني: أنه ربوي.

وظاهره: سواء أخرج زبده أم لا، وهو كذلك.

وَخَرَّجَ اللخمي: اللبن الذي أخرج زبده قولًا بأنه ليس بربوي من قولها[4]: «ويجوز سمن بلبن قد أخرج زبده».

فقال: لو كان ربويا لكان من الرطب باليابس.

---

(١) في أ: العمل.

(٢) في ب: بشير.

(٣) أخرجه أبو داود (٣٣٥٩)، والترمذي (١٢٢٥)، والنسائي (٤٥٤٥)، وابن ماجه (٢٢٦٤)، وأحمد (١٥١٥) من حديث سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه.

قال الترمذي: هذا حديث حسن صحيح، والعمل على هذا عند أهل العلم، وهو قول الشافعي، وأصحابنا. اهـ.

(٤) «التهذيب» (٣/ ٨١).

ولا بأس بلبن الإبل متفاضلاً بالزبد؛ لأنه لا زبد فيه، ولا بأس باللحم الطري بالمطبوخ متماثلاً ومتفاضلاً.

فصل: في بيع الخبز بالدقيق والدقيق بالعجين، والعجين بالخبز:

ولا بأس بالخبز بالدقيق متفاضلاً ومتماثلا،.........................

وَضَعَّفَه ابن عبد السلام: بأنه إذا ثبت أنه ربوي قبل إخراج زبده لكونه مقتاتًا وكون مقام وجوده يقوم مقام ادخاره فلا [يزيل][1] ذلك الحكم عنه إلا زوال ذلك الوصف، نعم لو ثبت له حكم ربوي؛ لأنه مشتمل على الزبد ، لا يمكن زوال الحكم بزوال الزبد.

قوله: (ولا بأس بلبن الإبل بالزبد لأنه لا زبد فيه).

يرد عليه ما فوقه.

قوله: (ولا بأس باللحم الطري بالمطبوخ متماثلًا ومتفاضلًا).

ما ذكره هو المشهور.

وقيل: لا يجوز مثلًا بمثل بحال، قاله ابن عبد الحكم،ورواه عن مالك، حكاه ابن حارث.

ونقل ابن زرقون قوله دون روايته، وزاد فيه: وإن طبخ بإبزار وخل ومُرِّي.

وظاهر كلام الشيخ: أن طبخه بالماء والملح كاف، وهو نص ابن الحاجب[2]، وهو خلاف ظاهر كلام الباجي[3] ، ونص قول ابن حبيب.

وعلى الثاني: فطبخه ببصل فقط أو ثوم معتبر، قاله أبو عمران وبعض شيوخ شيوخنا.

قوله: (ولا بأس بالخبز بالدقيق متماثلًا ومتفاضلًا).

---

(١) في أ: يزل .

(٢) «جامع الأمهات» (ص/ ٣٤٦).

(٣) «المنتقى» (٤/ ٢٤٤).

ولا يجوز بيع الحنطة بالدقيق متفاضلاً، وعنه في بيعها به متماثلاً **روايتان:**

إحداهما: جوازه.

والأخرى: منعه.

ولا يجوز بيع الدقيق بالعجين بحال، ولا بأس ببيع العجين بالخبز متماثلاً ومتفاضلاً.

فصل: فيما يجوز من بيع الحنطة المبلولة والمقلوة بحنطة غيره:

ولا يجوز بيع حنطة مبلولة بحنطة يابسة بحال،..........

ما ذكره هو المشهور.

وقال ابن نافع: لا يجوز بيع القمح والدقيق بالخبز؛ بإلغاء الصنعة كما تقدم فوقه.

قال اللخمي: يجوز التفاضل بين الإسفنجة والخبز والكعك لأن الزيت نقل طعمها كالأبزار.

قوله: (**ولا يجوز بيع الحنطة بالدقيق متفاضلًا، وعنه في بيعها به متماثلًا روايتان: إحداهما: جوازه، والأخرى: منعه**).

ظاهره: أن الخلاف سواء وقع البيع بالكيل أو بالوزن، وهو كذلك، وفي المسألة خمسة أقوال:

هذان قولان.

وروى محمد: يجوز كيلًا بالرزم لا وزنًا.

وعكسه بعضهم.

وروى ابن الماجشون: إنما يجوز فيما قلّ على وجه المعروف بين الرفقاء.

وما رواه محمد تعقبه ابن عبد السلام: بأن كيل الرزم مكروه، فإن أراد بالكراهة على طريق التنزيه، فهو تمسك بظاهر سماع ابن القاسم: تركه أحب إليّ، وابن رشد[1] حمله على الوجوب، وبه الفتوى والحكم.

قوله: (**ولا يجوز بيع الدقيق بالعجين بحال، ولا بأس ببيع العجين بالخبز متماثلًا ومتفاضلًا، ولا يجوز بيع حنطة مبلولة بحنطة يابسة على حال**).

---

(١) «البيان» (٧/ ١٠٦).

ولا يجوز بيع الحنطة المبلولة بعضها ببعض إلاّ أن يكون البلل واحدًا، ولا بأس ببيع الحنطة المقلوة بالحنطة النية.

ما ذكره هو المذهب.

وقال الليث بن سعد: إن الطحن صنعة وهو أكثر صنعة من نبيذ التمر.

وأشار ابن الحاجب[1] إلى أنه يتخرج في المذهب بقوله: «والمذهب« من قوله: «ومتى قلّت بغير نار لم تنقل على الأصح كالتمر ونبيذه، والمذهب أن الطحن والعجن لا ينقل».

قوله: (ولا يجوز بيع الحنطة المبلولة بعضها ببعض إلا أن يكون البلل واحدًا).

ما ذكر من عدم جواز القمح المبلول بمثله هو المشهور.

وقيل: إنه جائز.

واختلف في جواز اللحم المشوي بالمشوي والقديد بالقديد، والمشهور الجواز.

وفرق للمشهور: بأن البلل يختلف بالعادة إذ الأعلى أقل بللًا من الأسفل بخلاف المشوي فإنه يتم ذلك منه إلا بأن تناله النار من الجهات كلها على حد سواء.

قوله: (ولا بأس ببيع الحنطة المقلوة بالحنطة النية).

لا مفهوم لقوله: «**الحنطة**»، وما ذكره هو المشهور.

وقيل: إنه لا يجوز.

واختلف في الصلق:

فقيل: ناقل.

وقيل: لا.

وقيل: في الترمس خاصة ناقل لطول أمره وتكلف مؤنته.

وسمع عيسى ابن القاسم: لا خير في بيض مسلوق بنيء منه، ليس الصلق بصنعة.

ابن رشد[2]: كقولها[3]: «طبخ اللحم بغير أبزار لغو»..

(١) «جامع الأمهات» (ص/ ٣٤٧).

(٢) «البيان» (٧/ ٣٨٠).

(٣) «المدونة» (٣/ ١٥١)، و«التهذيب» (٣/ ٨٣).

فصل: في بيع الرطب بالرطب:

ولا بأس ببيع الرطب بالرطب متماثلاً، وقال عبد الملك: لا يجوز بيع الرطب بالرطب بحال.

فصل: في بيع الفاكهة رطبها بيابسها:

ولا بأس ببيع الفاكهة كلها رطبها ويابسها متفاضلاً ومتماثلاً جنسًا واحدًا كانت أو جنسين مختلفين يدًا بيد، ولا يجوز دخول النساء فيها بحال.

فصل: في بيع الحيوان باللحم:

ولا يجوز بيع الحيوان المأكول لحمه بلحم من جنسه ....

قوله: (ولا بأس ببيع الرطب بالرطب متماثلًا وقال عبد الملك: لا يجوز بيع الرطب بالرطب بحال، [ولا بأس ببيع الفواكه كلها رطبها ويابسها متفاضلًا ومتماثلًا جنسًا واحدًا كانت أو جنسين مختلفين يدًا بيد، ولا يجوز دخول النساء فيها بحال][1]) .

ابن عبد السلام: قول عبد الملك أجري على الأصل؛ لأنه ينقص إذا خفّ، ولا يتحقق مقدار ما ينقص كل واحد منهما.

قال الباجي[2]: وانظر إذا كان نصف الثمرة بسرًا ونصفها قد أرطب هل يجوز بيعه ببعض؟

قوله: (ولا يجوز بيع الحيوان المأكول لحمه بلحم من جنسه).

ما ذكره هو المعروف.

وحكى ابن عبد البر[3] : عن أشهب: لا يجوز سواء كان من جنسه أو من غير جنسه كمذهب أبي حنيفة.

وظاهر كلام الشيخ: أنه لا يختص النهي بالحي الذي لا يراد إلا للذبح، وهو كذلك خلافًا للأبهري وغيره من البغداديين.

---

(١) سقط من ب .

(٢) «المنتقى» (٤/ ٢٤٣).

(٣) «الاستذكار» (٦/ ٤٢٥).

ولا بأس ببيعه بلحم من غير جنسه، ولا بأس ببيع الحيوان الذي لا يؤكل لحمه باللحم.

❁ ❁ ❁

[قوله: (**ولا بأس ببيعه بلحم من غير جنسه ولا بأس ببيع الحيوان الذى لا يجوز أكل لحمه باللحم**)][1].

قال اللخمي والمازري: ويشترط أن يكون المتبايعان عالمين بالحرز ولو كان أحدهما غير معتاد [له][2] لم يجز.

قلت: واختلف إذا كانا معًا جاهلين كبيع السقيطة للبادية، فمنعها الشيخ أبو القاسم الغبريني، وأجازها أبو عمران موسى المناري القيرواني.

❁ ❁ ❁

---

(١) سقط من ب.

(٢) في ب: به .

باب: بيع الجزاف والمكيل

فصل: في بيع الجزاف:

ولا بأس ببيع الطعام جزافًا في الغرائر وصبرًا على الأرض، ولا يباع الحيوان ولا الثياب ولا شيء له بال جزافًا، وما علم صاحبه كيله فلا يجوز بيعه جزافًا حتى يعلم مبتاعه كيله فإن باعه جزافًا، ولم يعلم المبتاع بكيله ثم ظهر المشتري على ذلك، فهو بالخيار في إجازة البيع وفسخه، وإن ذكر البائع للمبتاع أنه يعلم كيله ولم يخبره بقدره ورضي المشتري منه به مع جهله بقدره لم يجز بيعه.

باب: بيع الجزاف والكيل (١)

قوله:(ولا بأس ببيع الطعام جزافًا في الغرائر وصبرًا على الأرض، ولا يباع الحيوان ولا الثياب ولا شيء له بال جزافًا، وما علم صاحبه كيله فلا يجوز بيعه جزافًا حتى يعلم مبتاعه بكيله، فإن باعه جزافًا ولم يعلم المبتاع بكيله ثم ظهر المشتري على ذلك فهو بالخيار في إجازة البيع وفسخه).

ما ذكر من أنه بالخيار هو المعروف.

وقيل: إنه موجب للفساد، قاله الأبهري.

قال المازري: وهو مما انفرد به، والمعروف أن اطلاع البائع على علم المبتاع بذلك يوجب خياره.

وذكر بعضهم أن بعض أهل المذهب قال: لا خيار بذلك للبائع، وهو غير مستقيم.

قوله: (وإن ذكر البائع للمبتاع أنه يعلم كيله ولم يخبره بقدره ورضي المشتري منه به مع جهله بقدره لم يجز بيعه).

ما ذكر من عدم جواز بيعه هو المشهور، وحكى فضل عن سحنون جواز بيعه جزافًا، حكاه ابن زرقون.

---

(١) قال ابن عرفة : «بيع الجزاف: بيع ما يمكن علم قدره دونه» . ا هـ «المختصر الفقهي» (٧/ ٢٩٥) .

فصل: في بيع المكيل حسب قول البائع وتصديق المشتري:

ومن ابتاع طعامًا مكيلاً فاستوفاه لنفسه، ثم أراد بيعه، فأخبر مشتريه بكيله فصدقه المشتري على ذلك فلا بأس به إن كان الثمن نقدًا، ولا يجوز إن كان الثمن نساءً، وإذا اشتراه وصدقه المشتري بكيله، ثم وجد المشتري زيادة أو نقصانًا وقد قامت له على النقصان البينة فإن كانت الزيادة أو النقصان يسيرًا فهو له عليه، وإن كان شيئًا كثيرًا فهي للبائع وعليه.

❁ ❁ ❁

وعلى الأول فناقض ابن القصار كونه عيبًا في الفرع الأول مع [كون ذكره][(١)] في العقد مانعًا.

وردّه **عبد الوهاب**[(٢)]؛ لأن العيب قد يكون ذكره في العقد يوجب فسادًا؛ لأنه يوجب غررًا [أو][(٣)] بيع ما لا يحل بيعه لوصفه.

قوله: (ومن ابتاع طعامًا مكيلًا فاستوفاه لنفسه ثم أراد بيعه، وأخبر مشتريه بكيله وصدقه المشتري على ذلك فلا بأس به إن كان الثمن نقدًا ولا يجوز إن كان الثمن نساء) .

إنما فَرَّقَ بين بيع النقد والنسيئة؛ لأنه لا يُتَّهَم في النقد ويُتَّهَم في النسيئة.

قوله: (وإذا اشتراه وصدقه المشترى بكيله، ثم وجد المشتري زيادة أو نقصانًا وقد قامت له على النقصان البينة فإن كانت الزيادة أو النقصان يسيرًا فهي له وعليه، وإن كانت شيئًا كثيرًا فهي للبائع وعليه).

ما ذكره بيّن يشهد له العرف.

❁ ❁ ❁

---

(١) في ب: كونه .

(٢) «المعونة» (٢/ ١٠٥١).

(٣) في أ: إذ.

باب: في بيع الطعام قبل قبضه

فصل: في بيع الطعام قبل قبضه وقبل نقله:

ومن ابتاع طعامًا أو إدامًا مما فيه ربا أو لا ربا فيه كيلاً أو زنًا أو عددًا، فلا يجوز أن يبيعه قبل أن يقبضه، ومن ابتاع شيئًا من ذلك جزافًا فلا بأس أن يبيعه قبل أن ينقله من مكانه والاعتبار ألا يبيعه حتى ينقله إلى مكان غير مكانه.

فصل: في منع بيع الطعام المكيل قبل قبضه:

إذا كان مقابل أجر أو مهر أو أرش، ومن استؤجر بطعام مكيل فلا يبيعه حتى يستوفيه، ....

باب: في بيع الطعام قبل قبضه

قوله: (قال: ومن ابتاع طعاماً أو إدامًا مما فيه ربًا أو لا ربًا فيه كيلًا أو وزنًا أو عددًا فلا يجوز أن يبيعه قبل أن يقبضه).

ما ذكره هو المشهور.

وقيل: لو سلم بيع الطعام من العينة وبيع بنقد فإنه يجوز بيعه قبل قبضه، قاله أبو الفرج.

وروي عن مالك: جوازه في غير الربوي.

قوله: (ومن ابتاع شيئًا من ذلك جزافًا فلا بأس أن يبيعه قبل أن ينقله من مكانه، والاختيار ألَّا يبيعه حتى ينقله إلى [مكان غير مكانه][(١)].

ومن استؤجر بطعام مكيل فلا يبيعه حتى يستوفيه).

ما ذكره هو المشهور.

وقيل: لا يجوز حتى ينقل، رواه أبو بكر الوقار.

وروى ابن نافع: يكره بيعه نظرة قبل أن ينقله.

وحكى عبد الوهاب[(٢)] عن مالك: أنه يستحب أن لا يباع مطلقًا حتى ينقل.

فتحصل في المسألة أربعة أقوال.

---

(١) في ب: مكان غيره.

(٢) «المعونة» (٢/ ١٠٥٣).

ومن تزوج امرأة بطعام مكيل لم يجز للمرأة بيعه قبل قبضه، ومن صالح من أرش جنايته على طعام مكيل فلا يبيعه حتى يقبضه.

فصل: في بيع الطعام المُقرَض:

ومن استقرض طعامًا فلا بأس أن يبيعه قبل أن يقبضه ....

قوله: (ومن تزوج امرأة بطعام مكيل لم يجز للمرأة أن تبيعه قبل قبضه، ومن صالح من أرش جناية له على طعام مكيل فلا يجوز بيعه حتى يقبضه).

ما ذكره لا أعلم خلافه نصا.

وطعام الخلع [لا يجوز كثيره][١]، قاله في «السلم الثالث» منها.

قال بعض شيوخنا[٢]: وأظن أن في المذهب قولاً بجواز بيعه قبل قبضه.

قلت: ذكره أبو عمران الصنهاجي في «نظائره»، ويتخرج في النكاح من باب أحرى.

وأما ما يأخذونه المستحقون من بيت المال من طعام في جواز بيعه قبل قبضه قولان، حكاهما ابن بشير[٣]، ولم يحك ابن رشد[٤] خلافًا في ارتزاق القضاة وشبههم أنه لا يجوز.

قوله: (ومن استقرض طعامًا فلا بأس أن يبيعه قبل قبضه).

ما ذكره لا خلاف فيه، واختلف إذا ثبت الطعام في الذمة عن [تعد][٥] أو غصب، ففي بيعه قبل قبضه قولان، وأخذ الجواز من قول «صرفها»[٦]: ولو باع أشجارًا واستثنى ثمرتها، فهل يمنع من بيع ما استثناه قبل قبضه؟ قولان لمالك، واختار ابن عبد الحكم والأبهري الجواز.

[وسببه: الخلاف][٧] في المستثنى هل هو مشترى أو مبقًا؟

---

(١) في ب: كغيره لا يجوز.

(٢) «مختصر ابن عرفة» (٩/ ٦٢،٦٣).

(٣) «التنبيه» (١/ ٣٢٢ ب).

(٤) «البيان» (٧/ ١٠٩).

(٥) في أ: نقد.

(٦) «التهذيب» (٣/ ٥٤).

(٧) في ب: وسبب الخلاف.

وجب له على رجل طعام معلوم من قرض كان أقرضه إياه فلا بأس أن يبيعه قبل أن يقبضه، ومن ابتاع طعامًا بكيل ثم أقرضه غيره أو وهبه أو قضاه رجلاً من قرض كان له عليه فلا يبيعه أحد ممن صار ذلك الطعام إليه حتى يقبضه.

فصل: في الشركة والتولية والإقالة في الطعام قبل قبضه وبيع العروض قبل قبضها:

ولا بأس بالشركة والتولية والإقالة في الطعام قبل قبضه بمثل رأس المال، لا زيادة ولا نقصان.

قوله: (ومن وجب له على رجل طعام معلوم من قرض أقرضه إياه فلا بأس أن يبيعه قبل قبضه).

هذه هي التي فوقها فهو حشو.

قوله: (ومن ابتاع طعامًا بكيل ثم أقرضه غيره أو وهبه، أو قضاه رجلاً من قرض كان له عليه فلا يبيعه أحد ممن صار ذلك الطعام إليه حتى يقبضه).

قال اللخمي: اختلف فيمن وهب له طعام سلم أو تصدق به عليه:

فروى ابن حبيب: أنه يكون له بيعه قبل قبضه.

وروى غيره: أنه لا يجوز.

ومن أحيل بطعام قرض له على طعام سلم، فقال ابن القاسم: لا يبيعه قبل قبضه، ويتخرج جوازه من رواية ابن حبيب.

قوله: (ولا بأس بالشركة والإقالة والتولية في الطعام قبل قبضه بمثل رأس المال لا زيادة ولا نقصان).

ما ذكره في الشركة قال فيها: أجمع العلماء على ذلك.

وروى أبو الفرج منعها، حكاه ابن زرقون.

وظاهر كلام الشيخ: لو كان الثمن مؤجلًا، وهو كذلك، قاله فيها.

وقيل: لا يجوز، قاله ابن القاسم وأشهب.

وما ذكره في التولية متفق عليه، ومنعها أبو حنيفة والشافعي، [ووافقا][١] على جواز الإقالة.

---

(١) في ب: ووافقنا.

ولا بأس ببيع العروض كلها قبل قبضها من بائعها وغيره بمثل رأس ماله، ولا يجوز بيعها قبل قبضها من بائعها بأكثر من ثمنها، ويجوز بيعها من غيره بأكثر من ثمنها أو أقل منه.

❁ ❁ ❁

قوله: (ولا بأس ببيع العروض كلها قبل قبضها من بائعها [أو غيره بمثل رأس ماله، ولا يجوز بيعها قبل قبضها من بائعها][1] بأكثر من ثمنها، ويجوز بيعها من غيره بأكثر من ثمنها أو أقل منه).

ظاهره: وإن كان العروض بوزن أو بعدد، وهو كذلك على المشهور.

وقيل: كل مكيل أو موزون أو معدود، وإن كان غير مطعوم لا يجوز بيعه قبل قبضه، قاله ابن حبيب وعبد العزيز بن أبي سلمة.

قال ابن عبد السلام: وهو الصحيح.

❁ ❁ ❁

---

(١) سقط من ب.

باب: في السَّلم في الأشياء المباحة

فصل: السلم في الطعام:

ولا بأس في السلم في الطعام والعروض والحيوان........................

باب: في السلم في الأشياء المباحة

قوله: (**قال: ولا بأس في السلم في الطعام والعروض والحيوان**).

السلم جائز بإجماع من حيث الجملة، واستدل ابن عباس على جوازه بقوله تعالى: ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ﴾ [البقرة:٢٨٢] .

قال مالك فيها[١]: هذا يجمع الدين كله.

واستشكل ابن عبد السلام الاستدلال من وجهين:

أحدهما: أن لفظة «دين» نكرة في سياق الثبوت فلا يعم.

ورده بعض شيوخنا[٢]: بأنه في سياق الشرط، وهو كالنفي فيعم.

ومثله لشيخنا أبي مهدي - رحمه الله تعالى - قائلًا: نَصَّ على ذلك إمام الحرمين في «البرهان» له.

الثاني: أن مقصود الآية إنما هو وجوب [الكتب][٣] في دين ما، وفي كل دين جائز لا أن كل دين جائز.

قلت: هذا بناء منه على الوجه الأول [ينفي][٤] التعميم إنما على ما اختاره غيره، فالآية تدل على أن كل دين جائز إلا ما قام الدليل على تحريمه من السنة.

وحدَّه بعض شيوخنا[٥]: بأنه عقد معاوضة يوجب عمارة [ذمته][٦] بغير عين ولا

---

(١) «التهذيب» (٣/ ١٢).

(٢) «مختصر ابن عرفة» (٥/ ١٤٤) .

(٣) في ب: الكتاب .

(٤) في ب: بنفي .

(٥) «مختصر ابن عرفة» (٩/ ٢٧٩) .

(٦) في ب: ذمة .

من أسلم في طعام فليذكر قدره وصفته وأجله ويقدم نقده مع عقده ولا يؤخره عنه.

منفعة غير متماثل العوضين.

وقوة كلام الشيخ تقتضي: أن السلم في الرُّبع لا يجوز، وهو المنصوص، وَخَرَّجَ الجواز من قول أشهب: يجوز السلم في فدادين من الفصيل والبقول بصفة الطول والعرض و الجودة والرداءة.

وعَبَّرَ المازري عن «المنصوص» «بالمشهور» مسامحة.

قوله: (ومن أسلم في طعام فليذكر قدره وصفته وأجله، ويقدم نقده مع عقده ولا يؤخره عنه).

ظاهره: مطلق أجل .

واختلف في أَقَلِّ أجله على ستة أقوال:

فقيل: مقدار ما تتغير فيه الأسواق دون تحديد، قاله مالك.

وقيل: حدُّه خمسة عشر يومًا. قاله ابن القاسم، [والمقالتان][(١)] فيها[(٢)]، وكان شيخنا - حفظه الله تعالى- يرد قول مالك لقول ابن القاسم، ورأى أنه قصد به التفسير كالباجي[(٣)] وهو ظاهر قول ابن الحاجب[(٤)] لكونه لم يذكر قول مالك.

والصواب عندي: حمله على الخلاف وهو اختيار عبد الوهاب[(٥)] وابن عبد السلام.

وقيل: يجوز إلى يوم، قاله ابن عبد الحكم.

وقيل: إلى يومين، وكلاهما لمالك.

---

(١) في ب: والقولان .

(٢) «التهذيب» (٣/ ٩).

(٣) «المنتقى» (٤/ ٢٩٧).

(٤) «جامع الأمهات» (ص/ ٣٧١).

(٥) «المعونة» (٢/ ١٠٥٧).

ومن أسلم في طعام موصوف إلى أجل فحل الأجل فأراد أن يأخذ من بائعه بمكيلته شعيرًا أو سلتًا، فلا بأس به ولا يجوز أن يأخذ أدنى من مكيلته، ولا أكثر منها، ....

وقيل: يجوز إلى خمسة أيام على ظاهر سماع عيسى ابن القاسم في «العتبية».

وقيل: يجوز إلى شهر لا أقل، نقله المازري عن بعض الشافعية عن مالك، واستبعده.

والمطلوب تقديم نقده كما قال الشيخ خوف الكالىء بالكالىء، فإن لم يقدم فيجوز.

فيها في «كتاب الخيار»(١) تأخير ثلاثة أيام بشرط.

وقال عبد الوهاب: إنما يجوز يومان لا أكثر.

وقيل: لا يجوز مطلقًا، وهو اختيار ابن الكاتب وعبد الحق، وابن عبد البر في «الكافي»، ولم يحك الباجي قولها، فاستدركه عليه ابن زرقون.

قوله: (**ومن أسلم في طعام موصوف إلى أجل فحل فأراد أن يأخذ من بائعه بمكيلته شعيرًا أو سلتًا فلا بأس به**).

أراد بالطعام القمح.

قوله: (**ولا يجوز أن يأخذ أدنى من مكيلته [ولا](٢) أكثر منها**).

يريد: إذا كان ذلك على معنى التبايع لقول «سلمها الثالث»(٣): من أخذ عن سمراء حل أجلها خمسين محمولة وحط ما بقي إن كان بمعنى الصلح والتبايع لم يجز وإن كان اقتضاء من خمسين ثم حطه بعد ذلك بغير شرط جاز.

وكذلك في أخذه خمسين سمراء من مائه محمولة.

وتعقب ابن عبد السلام أخذ الأدنى بأنه غير ما في الذمة وإلا لزم قبوله، وكونه غيره يوجب كونه بيع طعام قبل قبضه لا أن قبوله بيع ثان.

---

(١) «التهذيب» (٣/ ٧٥).

(٢) في ب: أو.

(٣) «التهذيب» (٣/ ٧٧).

ولا يجوز أن يأخذ بدلاً منه شيئًا من غير صنفه من الطعام ولا يأخذ به شيئًا من العروض كلها.

❁ ❁ ❁

قوله: (ولا يجوز أن يأخذ بدلًا منه شيئًا من غير صنفه من الطعام ولا يأخذ به شيئًا من العروض كلها).

لأنه بيع الطعام قبل قبضه.

❁ ❁ ❁

باب: السلم في التمر والزبيب والإقالة من بعض الطعام أو العرض المسلم فيه

ومن أسلم نوعًا من التمر فلا بأس أن يأخذ نوعًا سواه من جنسه، ولا يأخذ حنطة ولا شعيرًا عوضًا منه. ومن أسلم في نوع من الزبيب فلا بأس أن يأخذ نوعًا منه غيره.

ولا يجوز أن يأخذ تمراً من زبيب ولا زبيبًا من تمر. ومن أسلم في طعام أو عرض فحَلّ الأجل فلا يجوز أن يقيل من بعض ذلك ويأخذ بعضًا.

باب: السلم في التمر والزبيب والإقالة

قوله: (ومن أسلم في نوع من تمر فلا بأس أن يأخذ نوعًا سواه من جنسه، ولا يأخذ حنطة ولا شعيرًا عوضًا منه).

ما ذكره بَيِّنٌ كالتي بعدها.

قوله: (ومن أسلم في نوع من الزبيب فلا بأس أن يأخذ نوعًا منه غيره، ولا يجوز أن يأخذ تمرًا من زبيب، ولا زبيبًا من تمر.

ومن أسلم في طعام أو عرض فحل فلا يجوز أن يقيل من بعض، ذلك ويأخذ بعضًا).

ما ذكره خَصَّصَه قول «سلمها الثاني»[1]: إن كان رأس المال عينًا أو ما لا يعرف بعينه، فإن لم [يفترقا] [2] جاز أن يقبله من بعض ويترك بقية السلم لأجله، فأما بعد التفرق فلا تأخذ منه إلا ما أسلمت فيه أو رأس مالك، وإن كان رأس مالك عروضًا تعرف بعينها أسلمتها في عروض أو حيوان أو طعام فأقلته من نصف ما أسلمت فيه على نصف [رأس][3] مالك بعينه فلا بأس به ولو بعد افتراقكما.

قال اللخمي: أجاز مالك لمن أسلم عبدًا أو ثوبًا في طعام أن يقيل من نصفه وليس بِبَيِّنٍ؛ لأن الشركة عيب.

---

(١) «التهذيب» (٣/ ٥٤).

(٢) في ب: يغترف.

(٣) سقط من ب.

فصل: في استبدال الطعام المباع بثمن مؤجل بطعام غيره:

ومن باع شيئًا من الطعام كله، ما فيه ربا أو لا ربا فيه بثمن إلى أجل، فلا يجوز أن يأخذ بثمنه عند أجله، ولا قبل أجله، ولا بعد أجله شيئًا من الطعام من جنس ما باعه أو غير جنسه إلا أن يكون من النوع الذي باعه بعينه، ويكون مثل مكيلته لا زيادة فيه ولا نقصان منه، وفي جودته وصفته.

وأجاب المازري بأن قال: هذا العيب لم يسبق الإقالة إنما حدث بعدها وتعلق بها حق البيع ، وحدوث العيب.

واضطرب المذهب في هذا الأمر الذي يتعلق به حكمان متدافعان ما الذي [فقد](١) سابقًا منهما كقوله: إن بعتك فأنت حر، [إن حمل](٢) البيع سابقًا على عيب الشركة فالإقالة صحيحة.

قوله: (ومن باع شيئًا من الطعام كله مما فيه ربا أو لا ربا فيه بثمن إلى أجل فلا يجوز أن يأخذ بثمنه عند أجله ولا قبل أجله ولا بعد أجله شيئًا من الطعام من جنس ما باعه أو من غير جنسه إلا أن يكون من النوع الذي باعه بعينه، ويكون مثل مكيلته، وفي جودته وصفته).

لا معنى لقوله: وكذلك يشاركه في المنع أن يكون الطعام بثمن حال [وتؤخر](٣) قبض الثمن حتى افترق المتبايعين، [ولذلك](٤) تخصيصه المسألة بالطعام يوهم أن هذا الحكم مخصوص به، وليس كذلك، وهكذا أخذ اللحم عن ثمن الحيوان، وأخذ الثياب عن ثمن الغزل في الزمن الذي يمكن أن ينسج فيه ذلك الغزل.

وكذلك أخذ الفصيل عن ثمن الصغير إذا مضى له زمن يصير فيه فصيلًا، وبالجملة كل شيئين لا يصح أن يباع أحدهما بالآخر نقدًا فلا يصح أن يقتضى أحدهما من ثمن الآخر.

(١) في ب: يقدر .

(٢) سقط من أ.

(٣) في ب: تأخر .

(٤) في ب: وكذلك .

فصل: فيما يجوز فيه تأخير الثمن عن المثمن أو المثمن عن الثمن:

ولا بأس بالسلم في اللحم والخبز والفاكهة كلها رطبها ويابسها،..........

وكذلك كل شيئين لا يصح أن يباع أحدهما بالآخر إلى أجل فهذا مساو في الحكم لهذا الفصل حتى طردوه في الكراء.

فقال فيها في «كتاب [الأكرية»](١): فيمن اكترى أرضه للحرث بدراهم أو بغير ذلك مما يجوز كراؤها به فلا يجوز أن يأخذ عن ذلك العوض طعامًا.

وظاهر كلام الشيخ: أنه لو أخذ أقل من الأول في كيله وهو مثله في جودته وصفته أنه لا يجوز وهو كذلك؛ قاله فيها.

وفي «الموازية»: أجازه مرة، وبه قال أشهب.

[وظاهرها](٢) **أيضًا**: يمنع أن يأخذ أكثر من مكيلته.

وقد استثقله مالك في «العتبية»، وأجازه أشهب ولم يذكر اللخمي غير المنع.

قوله: (ولا بأس بالسلم في اللحم وفي الخبز وفي الفواكه كلها رطبها ويابسها).

قال فيها في «السلم الأول»(٣): ويشترط إذا أسلم في اللحم وزنًا معروفًا، فإن اشترط تحريًا معروفًا جاز إذا كان لذلك قدرًا قد عرفوه بجواز بيع اللحم بعضه ببعض تحريًا.

والخبز بالخبز تحريًا.

واختلف في ضبط القدر في هذه الصورة:

فقال ابن أبي زمنين: هو أن يقول: أسلفك في لحم يكون قدره عشرة أرطالٍ مثلاً، وكذلك الخبز.

وقال ابن زرب: هو أن يفرض له قدرها فيقول: مثل هذا في كل يوم، ويشهد على المثال، وأما على شيء يتحراه فلا يتحراه ولا يشترط الجهة التي يأخذ منها اللحم من الشاة.

وقال عبد الوهاب: إن اختلفت الأغراض بسبب ذلك لزم بيانه في عقد السلم.

---

(١) في ب: أكرية الدور .

(٢) في ب: وظاهره .

(٣) «التهذيب» (٣/ ١٩) .

ولا بأس أن يؤخر المشتري نقد ثمنه إذا شرع في أخذ مثمونه، ولا يجوز أن يتأخر الثمن والمثمون معاً، ولا بأس أن يقدم نقده ويؤخر أخذه.

فصل: في السلم في الثمار:

ومن أسلم في نوع من الثمار له إبان محصوله فأخره البائع عن وقته فالمشتري بالخيار إن شاء فسخ بيعه وأخذ ثمنه، وإن شاء انتظر به إلى إبانه الثاني بعده.

فصل: السلم فيما ليس عند البائع أصله:

والسلم المعلق بشجرة أو أرض معينة، ولا بأس

وهو [عنده][(١)] تفسير، والعادة عندنا بإفريقية أنه يختلف به فيجب تعين الجهة ولا يختلف في ذلك.

[قال][(٢)] ابن القاسم في «الموازية»: والبطن من الشاة، فظاهره أنه يأخذ منها مقدار نسبته مع عدم العرف، وعليه [حمل][(٣)] ابن عبد السلام، ورجحه شيخنا أبو مهدي -رحمه الله تعالى- ولم يرتضيا تأويل ابن الحاجب؛ لأنه عُرفهم.

قوله: (ولا بأس أن يؤخر المشتري نقد [ثمنها][(٤)] إذا شرع في أخذ [مثمنها][(٥)]، ولا يجوز أن يؤخر الثمن والمثمن معًا.

ولا بأس أن يقدم نقده ويؤخر أخذه).

يريد: فيما كان أجرى له مجرى النقد.

قال ابن بشير: وهومقتضى الروايات، ولم يرتض استقراء اللخمي منه السلم الحال.

قوله: (ومن أسلم في نوع من الثمار له إبان محصوله فأخره البائع عن وقته فالمشتري بالخيار إن شاء فسخ بيعه وأخذ ثمنه وإن شاء انتظر به إلى إبانه الثاني بعده ولا بأس

---

(١) في ب: عندي .

(٢) في أ: قول .

(٣) في ب: حمله .

(٤) في ب: ثمنه .

(٥) في ب: مثمن .

بالسلم فيما ليس عند البائع أصله، ولا بأس بالسلم فيما ينقطع في أضعاف أجله إذا كان مأمونًا عند حلول الأجل، ولا يجوز السلم الحال، ولا يجوز السلم المعلق بثمر نخل أو شجر بأعيانها أو زرع أرض بعينها.

بالسلم فيما ليس عند البائع أصله ،ولا بأس بالسلم فيما ينقطع في أضعاف أجله إذا كان مأمون الوجود عند حلول الأجل).

قوة كلامه تقتضي: أنه أخر جميعه.

وظاهر قوله: «**أخره البائع**» أنه لو كان التأخير من سبب المشتري أنه لا وجه لتأخيره ؛ لأنه ظلم.

واضطرب المذهب حيث يكون البائع هو الممتنع من دفع ما عليه كمن أسلم في أضحية ولم يأت بها البائع حتى فات زمن الأضحية، وكما إذا هرب البائع في السلم ممتنعًا من قبض رأس المال.

واختلف إذا قبض بعض ما أسلم فيه من الثمار ثم انقطع:

فقيل: من طلب التأخير منهما ترجح قوله إلا أن يتراضيا بالمحاسبة، وإليه رجع مالك فيها.

وقيل: بعكسه، قاله أصبغ.

وقيل: يجب التأخير، قاله سحنون، وهو قول مالك الأول فيها.

وقيل: يجب المحاسبة، قاله أشهب .

وقيل: الخيار للمشتري، ذكره ابن المواز عن ابن القاسم .

[**وقيل**:][1] إن قبض الأكثر جاز التأخير وإلا وجبت المحاسبة، قاله مالك أيضًا.

قوله: (ولا يجوز السلم الحال، ولا يجوز السلم المعلق بثمرة نخل أو شجر بأعيانها أو زرع أرض بعينها).

ما ذكره هو المنصوص والمشهور.

---

(١) في ب: وقال .

ولا بأس بالسلم في حنطة قرية معينة إذا كانت كثيرة الزرع مأمونة لا تخالف عن القدر الذي أسلم فيه.

❁ ❁ ❁

وَخَرَّجَ التونسي جوازه من رواية ابن عبد الحكم بجوازه إلى يومين، وعبد الوهاب من روايته إلى يوم، وضُعِّفَا؛ لأن فيها مطلق أجل.

وعزاه المتيطي لرواية ابن تمام، وابن رشد لسماع يحيى.

قوله: (ولا بأس بالسلم في حنطة قرية معينة إذا كانت كثيرة الزرع لا يختلف عن القدر الذي أسلم فيه).

ظاهره: لو [كان في][1] قرية صغيرة أنه لا يجوز، وهو كذلك، وجوزه بعضهم.

واختلف فيمن استسلف مالًا أو أخذ سلمًا، وقال: أؤدي إليك من مالي بقرية كذا فحيل بينه وبين ماله ذلك، وطلب المسلم بدينه فقيل: يلزمه أداء دينه، قاله صاحب «المظالم» أبو عبد الله بن عبد الرؤوف، وابن الشقاق، وابن دحون وغيرهم.

وقيل: لا يلزمه، قاله [أبو][2] المطرف عبد الرحمن بن [بشر][3]، وأخذ من قولها: فيمن أنفق على يتيم وله مال فتلف ماله أنه لا يرجع عليه بشيء.

❁ ❁ ❁

---

(١) في ب: كانت .

(٢) في ب: ابن .

(٣) في الأصل: «بشير»، والمثبت هو الصواب، انظر «جذوة المقتبس» (ص/ ٢٧٠) .

باب: القرض وما يجوز منه

فصل: فيما يجوز من القرض وما لا يجوز:

ولا بأس بقرض الذهب، والورق، والعروض، والحيوان كلها إلا الإماء فإنه لا يجوز قرضهن.

باب: في القرض

قوله: (قال مالك ـ رحمه الله: ولا بأس بقرض الذهب والورق والعروض والحيوان [كلها][(١)] إلا الإماء فإنه لا يجوز قرضهن).

يريد بقوله: «**لا بأس**» لما هو خير من غيره؛ لأنه مندوب إليه من حيث الجملة، وقد يعرض ما يوجبه أو كراهته أو حرمته وإباحته تعسر.

ولا خصوصية لما ذكر الشيخ بل متعلقه ما صح ضبطه [كيلاً][(٢)]، فيخرج [كما][(٣)] قال اللخمي وغيره: تراب المعادن والصواعين والدور والأرضون والبساتين.

واختلف في قرض قواديس قفصة ونحوها، فأفتى شيخنا أبو القاسم الغبريني بجوازه، وبعض شيوخنا بمنعه.

وما ذكر الشيخ من منع قرض الجواري هو قولها في «بيوع الآجال»[(٤)] و«السلم الأول»[(٥)]، هذا هو المشهور، وأجازه ابن عبد الحكم على رد المثل، هكذا نقل ابن يونس[(٦)] والمازري، ونحوه للخمي، ونقله ابن بشير[(٧)]، وأجازه ابن عبد الحكم وأوجب رد المثل، وهو خلاف العبارة الأولى.

وظاهرها: وإن كان المقرض ذا محرم أو صغيرًا، وهو كذلك عند الباجي[(٨)].

---

(١) في ب: كله سواء.

(٢) في أ: كليًّا.

(٣) في ب: ما.

(٤) «االتهذيب» (٣/ ١٤٩).

(٥) «التهذيب» (٣/ ٢٦).

(٦) «الجامع» (٨/ ٧).

(٧) «التنبيه» (١/ ٣٣٨ـ ب).

(٨) «المنتقى» (٥/ ٩٩).

ومن اقترض أمة فليردها ما لم يطأها، فإن وطئها لم يجز له ردها وغرم لربها قيمتها، ولا يجوز أن يقترض شيئًا [إلى أجل][١] له حمل ومؤونة في بلد على أن يقضي ذلك في بلد آخر.

وقيل: يقيد المذهب بما ذكر، قاله اللخمي، وابن يونس عن بعض علمائنا.

قوله: (**ومن اقترض أمة فليردها ما لم يطأها، فإن وطئها لم يجز له ردها وغرم لربها قيمتها**).

يريد: ولا حد عليه، وما ذكره هو أحد القولين، وقيل: يرد مثلها.

قال ابن يونس[٢]: وأظنه قول الأبهري.

وهو خلاف عزو المتيطي له: القيمة أعدل.

وظاهر كلام الشيخ: أن مجرد الغيبة عليها ليس بفوت، وهو كذلك.

وقيل: هو فوت كالوطء، نقله ابن يونس[٣] عن بعض الأصحاب.

وقيل: إن كانت غيبة يشبه الوطء فيها، وظنَّ بالقابض الوطء قاله المازري.

قوله: (**ولا يجوز أن يقترض [إلى أجل]**[٤] **شيئًا له حمل مؤونة في بلد على أن يقضي ذلك في بلد آخر، للزيادة في العرض بخلاف البيوع**).

ما ذكره هو قولها في «كتاب الآجال»[٥].

ويريد: لأن المنفعة ههنا للمقرض، وكذلك لو كانت المنفعة لأجنبي، وأخذ ذلك من قول «رهونها»[٦] «وقراضها»[٧].

---

(١) سقط من «التفريع».
(٢) «الجامع» (٤/ ٢٤٠).
(٣) «الجامع» (٤/ ٢٣٦).
(٤) في أ: الرجل.
(٥) «التهذيب» (٣/ ٧٥).
(٦) «التهذيب» (٣/ ٥١٧).
(٧) «التهذيب» (٣/ ٢١٧).

فأما السفاتج بالدنانير والدراهم، فقد كره مالك - رحمه الله - العمل بها، وأجازه غيره من أصحابه لأنه ليس لها حمل مؤونة.

فصل: مكان قضاء القراض:

ومن اقترض قرضًا ولم يشترط للقضاء موضعًا، فإنه يلزم المقترض القضاء في الموضع الذي اقترض فيه.

ولو لقيه في غير البلد الذي اقترضه فيه فطالبه بالقضاء لم يلزمه ذلك، ......

قوله: (فأما السفاتج بالدنانير والدراهم، فقد كره مالك العمل بها، وأجازه غيره من أصحابه لأنه ليس [للدنانير والدراهم حمل][(١)] ولا مؤونة).

الكراهة على التحريم وهو ظاهرها، وَصَرَّحَ الباجي[(٢)] بأنه المشهور لخوف الطريق، وذكرت في شرح «الرسالة»[(٣)] أنها على بابها، وتردد خليل[(٤)] في ذلك.

والقول الثاني قاله ابن عبد الحكم، ورواه أبو الفرج فقد قصر الشيخ في عدم حفظه لمالك.

وفي المسأله قول ثالث وهو: إن غلب خوف الطريق جاز وإلا فلا، قاله اللخمي.

وقيل: إن طلبه المستقرض جاز وإلا فلا، قاله في «الموازية».

عياض[(٥)]: والسفاتج: جمع سفتجة وهي البطائق تكتب فيها الإحالات بالديون، وذلك أن يسلف الرجل في بلد مالًا لبعض أهله ويكتب القابض لنائبه ببلد المسلف ليدفع له عوضه هناك مما له بيده خوف الطريق.

قوله: (ومن اقترض قرضًا ولم يشترط للقضاء موضعًا فإنه يلزم المقترض القضاء في الموضع الذي اقترض فيه، ولو لقيه في غير البلد الذي اقترضه فيه فطالبه بالقضاء فيه لم يلزمه ذلك).

---

(١) في ب: له حمل .

(٢) «المنتقى» (٥/ ١٤٩).

(٣) «شرح الرسالة» (٢/ ١٤٤).

(٤) «التوضيح» (٤/ ٦٢٦).

(٥) «التنبيهات» (٣/ ١١٣٥).

ولزمه أن يوكل من يقضيه عنه في البلد الذي اقترضه فيه منه.

ولو اصطلحا على القضاء في البلد الآخر كان ذلك جائزًا إذا كان بعد حلول الأجل، وإن كان قبل حلول الأجل لم يجز.

فصل في وقت قضاء القرض:

ومن أقرض رجلاً شيئًا إلى أجل، فليس له مطالبته به قبل الأجل، ....

يريد: إذا كان عامدًا.

قال ابن عات عن المشاور: وأما لو خرب وانجلى أهله وأيس من عمارته إلا بعد طول فله أخذ قيمته في موضع السلف، وإن رجي قرب عمارته تربص إليها ولو كان من سلم خير في الإياس بين تربصه، وأخذ رأس ماله.

قلت: وقال بعض شيوخنا[1]: الأظهر إن لم ترج عمارته عن قرب أنه يقضى بالدفع في أقرب موضع عمارته لمحل القرض.

قوله: (ولزمه أن يوكل من يقضيه عنه في البلد الذي اقترضه فيه منه).

يريد ـ والله أعلم ـ: إذا كان يخاف من هروبه، وأما إذا كان مأمونًا من ذلك فالصواب عندي أنه لا يلزمه ويلازمه أو يوكل غيره لقبض ماله في البلد المشترطة.

وقوله: (ولو اصطلحا على القضاء في بلد آخر كان ذلك جائزًا إذا كان بعد حلول الأجل، وإن كان قبل حلوله لم يجز).

ما ذكره هو خلاف إطلاق الأكثر بالجواز.

قوله: (ومن أقرض رجلًا شيئًا إلى أجل فليس له مطالبته به قبل الأجل)

ما ذكره لا خلاف فيه، وكذلك إذا كانت عادة في التأخير، وأما إن كانت عادة في التأخير ولا شرط فاختلف المتأخرون هل يضرب للمقرض أجل ينتفع فيه بالقرض وهو الأقرب أم لا؟

وظاهر صرفها يشهد للأول، وظاهر عاريتها يشهد للثاني.

---

(١) «مختصر ابن عرفة» (٩/ ٣٩٦).

ولو رده إليه المقترض قبل حلول الأجل لزمه قبوله عرضًا كان أو عينًا، وإذا رده إليه في المكان الذي أخذه منه فيه، وإن ؤرده إليه في غير المكان الذي أخذه منه فيه لم يلزم ربه قبوله.

ولا يلزم في السَّلم قبول المسلم فيه قبل أجله سواء كان في الموضع الذي أسلم إليه فيه أو في غيره.

ومن كان له على رجل ذهب أو ورق إلى أجل من قرض أو بيع فأتاه به قبل أجله لزمه قبوله.

قوله:(ولو رده إليه المقترض قبل أجله لزمه قبوله عرضًا كان أو عينًا إذا ردَّه إليه في المكان الذي أخذه منه، وإن رده إليه في غير المكان الذي أخذه فيه لم يلزم ربه قبوله ولا يلزمه في السلم قبول الذي أسلم فيه قبل أجله سواء كان في الموضع المسلم فيه أو في غيره).

إنما لزمه قبوله لأن أجله من هو عليه.

وما ذكر الشيخ هو المشهور وأحد الأقوال الثلاثة.

وقيل: لا يلزمه قبوله، وهو المشهور من قول أشهب، وعنه: يلزمه قبوله في العين فقط.

وأخذ بعض شيوخنا[1] مما ذكر الشيخ: أن القرض لو تغير بزيادة وطلب من المقرض أخذه منه، فإنه يجب عليه قبوله [قبل أجله][2] لانتفاء المنة عن المقرض لتقدم معروفه عليه بالقرض.

وردَّ به [على][3] **ابن عبد السلام في قوله**: الأقرب عدمه؛ لأنه معروف من المقترض للمقرض، وأما لو تغير بنقص فواضح في أنه لا يجب عليه.

قوله: (ومن كان له على رجل ذهب أو ورِق إلى أجل من قرض أو بيع فأتاه بها قبل أجله لزمه قبولها).

ما ذكر في القرض سبق له فهو حشو، وما ذكره في البيع الأقرب عدم لزومه؛ لأن للناس غرضًا في تعمير الذمة لوقت ما.

---

(١) «مختصر ابن عرفة» (٩/ ٣٩٦).

(٢) زيادة من «مختصر ابن عرفة».

(٣) سقط من ب.

باب في بيع الثمار والمقاثي والزروع

فصل: في بيع الثمار قبل بدو صلاحها:

ولا يجوز بيع الثمار على التبقية قبل بدو صلاحها. ولا بأس ببيعها على القطع قبل بدو صلاحها،ولا بأس ببيعها على التبقية إذا بدا صلاحها ....

باب: في بيع الثمار والمقاثي والزروع

قوله: (**قال: ولا يجوز بيع الثمار قبل بدو صلاحها على التبقية**).

ظاهره: أنه لا يجوز مطلقًا، وهو كذلك، وانفرد اللخمي بقوله هذا إذا اشترطا مصيبته من المشتري أو من البائع، والبيع بالنقد؛ لأنه تارة بيعًا وتارة سلفًا، وإن كانت المصيبة من البائع والبيع بغير نقد فإنه جائز.

وقال المازري بعدما ذكر عن المذهب المنع، وإن بعض أشياخه انفرد فذكر ما قاله اللخمي: وفي المذهب ما يشير إلى الاختلاف في هذا الفصل فإن فيه قولين مشهورين في جواز كراء الأرض الغرقة على أن [العقد][(١)] إنما يتم بتصويب الماء عنها.

يريد: مسألتها، وفيها[(٢)] قولان لابن القاسم وغيره.

وفرّق بعض شيوخنا[(٣)]: بأن الغرر هنا يقدر على رفعه بالعقد مع شرط الجد، وغرر انكشاف الماء غير مقدور على رفعه، وقد فرقوا بهذا المعنى في فصل الخلع بالغرر.

قوله:(**ولا بأس ببيعها على [التبقية][(٤)] إذا بدا صلاحها**).

يعني: بثلاثة شروط، لتصريح اللخمي بها في «كتاب السلم الأول»: إن بلغ الثمر مبلغًا ينتفع به، وأن يحتاج إلى بيعه، وألا يتمالأ عليه أكثر أهل موضعه، ومتى اختل شرط منها فلا يجوز؛ لأنه فساد.

---

(١) في أ: العدد .

(٢) «التهذيب» (٣/ ٤٣٢).

(٣) «مختصر ابن عرفة» (٩/ ١٩٥) .

(٤) في ب: القطع قطعها ولا بقاءها فالبيع باطل وكذلك .

ومن باع ثمرة قبل بدو صلاحها لم يشترط قطعها ولا بقاءها فبقّاها، فالبيع باطل.

وكذلك إن اشترط قطعها فأراد مشتريها تبقيتها فالبيع باطل. وترد الثمرة على بائعها والثمن عليم شتريها ضمن فإن فاتت في يد مشترعها مكيلتها إن كانت معلومة أو قيمتها إن كانت المكيلة مجهولة، وله ما أنفق عليها في سقيها وإبارها وجدادها وكنازها.

فصل: في بيع الثمار بعد طيبها:

وإذا كان في الحائط نخل فطاب بعضه جاز بيع كله إذا كان طيبه متلاحقًا متتابعًا، ....

قوله: (ومن ابتاع ثمرًا قبل بدو صلاحها [واشترط قطعها فبقى بها مشتريها فالبيع باطل و ترد الثمرة على بائعها، والثمرة على مشتريها][١] فإن فاتت في يدي مشتريها ضمن مكيلها إن كانت معلومة أو قيمتها إن كانت المكيلة مجهولة، وله ما أنفق عليها في سقيها وجدادها وكنازها).

ما ذكر من أن البيع باطل مثله لعبد الوهاب[٢]، وعزاه المازري لرواية البغداديين، وهو أصل ابن القاسم في البيع المحتمل للصحة والفساد، نص عليه في «الرواحل»[٣] منها خلافًا لابن حبيب.

وفي «**البيوع الفاسدة**»[٤] منها أنه جائز، وتأوله فضل على أن عرفهم الجد ونحوه لأبي محمد، وجعل اللخمي كثرة الثمن دليلًا على البقاء، [وقِلَّتُه][٥] دليلًا على جده.

قوله: (وإذا كان في الحائط نخل فطاب بعضه جاز بيع كله إذا كان طيبه متلاحقًا متتابعًا).

---

(١) في ب: ولم يشترط إن اشترط قطعها فابتاعها مشتريها فالبيع باطل وترد الثمرة على بائعها والثمن على مشتريها .

(٢) «الإشراف» (٢/ ٥٤٣).

(٣) «المدونة» (٣/ ٥٩٠).

(٤) «التهذيب» (٣/ ١٥٧).

(٥) في ب: ومثله .

وإذا طاب منه مبكره لم يجز بيع متأخره معه وبيع المبكر وحده.

وإذا كان في الحائط نوعان من النخل صيفي وشتوي لم يبع أحدهما بطيب الآخر، وكلما طاب نوع منه بيع وحده، وإذا كان فيه أنواع من الثمار كالنخل والتفاح، والرمان والخوج، والتين وغير ذلك من الثمار فطاب منها صنف واحد بيع وحده.

فصل: في بيع المقاثي والمباطخ:

ولا بأس ببيع المقاثي والمباطخ إذا بدا صلاحها وأمكن الانتفاع بها وإن لم

تسامح الشيخ في قوله: «**فطاب**» وإنما أراد صلاح بعضه.

وما ذكره هو الذي رجع إليه مالك وكان يقول: لا يجوز حتى يبدو صلاح جميعه.

وظاهر كلامه: إذا لم يكن طيبه متلاحقًا أنه لا يجوز، وهو كذلك.

وقيل: إذا لم ينقطع الأول حتى يبدو صلاح ما بعده، ولو تم بقرب فإنه يجوز، قاله ابن كنانة، وظاهر كلامه أنه لا يباع بازهاء ما حول الحائط،وهو أحد القولين.

قوله: (**وإذا طاب منه مبكره [لم يبع معه][1] متأخره، وبيع المبكر وحده، وإذا كان في الحائط نوعان من النخل صيفي وشتوي لم يبع أحدهما بطيب الآخر، وكلما طاب نوع منه بيع وحده**).

ما ذكره هو قول مالك.

ويقوم من كلام الشيخ ما نص عليه ابن رشد[2] فيما إذا كان استعجال زهوه بسبب مرض في الثمرة وشبهه فإنه لا يباع به الحائط اتفاقًا.

قوله: (**وإذا كان في الحائط أصناف من الثمار كالنخل والتفاح والرمان والخوخ والتين وغير ذلك من الثمار فطاب منها صنف واحد بيع وحده، ولم يبع بطيبه غيره، وكلما طاب منها صنف واحد بيع وحده**).

ظاهره: ولو قرب وتتابع.

وما ذكره متفق عليه إلا أن يكون ما لم يطب تبعًا لما طاب فيه خلاف.

قوله: (**ولا بأس ببيع المقاثي والمباطخ[3] إذا بدا صلاحها وأمكن الانتفاع بها، وإن**

---

(١) في أ: ثم بيع منه.

(٢) «البيان» (٨/ ٤٤).

(٣) المَبَاطِخُ: موضع مَنْبَتِ البطيخ .ا هـ «تاج العروس» (٧/ ٢٣٦).

يظهر جميع ثمرها، ثم يكون لمشتريها جميع بطونها إلى آخر إبّانها.

فصل: في بيع البقول والقرط والقضب:

ولا بأس ببيع البقول إذا أمكن جزازها.

ولا يجوز بيع القرط والقضب حتى يفنى ولا بأس ببيعه جزات معلومات.

فصل: في بيع الموز والورد والياسمين:

ولا يجوز بيع الموز حتى يبدو صلاحه، فإذا بدا صلاحه جاز بيعه، ويضرب له أجل ينتهي إليه.

لم يظهر جميع ثمرها ثم يكون لمشتريها جميع بطونها إلى آخر إبّانها).

ما ذكره بيّن، ولم يعزه بعض شيوخنا[١] إلا لنقل المتيطي وهو قصور، وفي البيوع الفاسدة منها[٢] لا يجوز بيع ما تطعم المقتات شهرًا.

قوله: (ولا بأس ببيع البقول إذا أمكن جزازها).

يريد بقوله: «**إذا أمكن جزازها**» [أنه لا يجوز][٣] بيعه لما ظهر منه فقط كالذي يقوله بإثره كما قاله محمد بن مسلمة.

قوله: (ولا يجوز بيع القرط و[القضب][٤] حتى يفنى ولا بأس ببيعه جزات معلومات.

قوله: (ولا يجوز بيع الموز حتى يبدو صلاحه فإذا بدا صلاحه جاز بيعه ويضرب له أجل ينتهي إليه).

الباجي[٥]: قال محمد بن مسلمة: يباع الموز سنتين.

وروى ابن نافع: لا أحب بيعه أكثر من سنة بالزمن [من الطول][٦]، ولا يصح

---

(١) «مختصر ابن عرفة» (٩/ ٢٠٣).

(٢) «التهذيب» (٣/ ١٥٧).

(٣) في ب: أنه يجوز.

(٤) في ب: والقصب.

(٥) «المنتقى» (٥/ ١٢٩).

(٦) في ب: الطويل.

ولا بأس ببيع الورد والياسمين إذا أمكن قطافه، ثم يكون ذلك للمشتري إلى آخر إبانه، ولا يجوز بيعه لسنين عدة.

فصل: في بيع الزرع:

ولا بأس ببيع الزرع إذا يبس واشتد.

إلا أن يكون بطونه متصلة في هذه المدة ولا [يتعذر][1] بالتمام لبقاء أصله، فإن تميّز كله بطن من الآخر واتصلت صح شراؤه بعدد البطون، وإن اتصلت ولم تتميز قدر بالزمان كالمياه.

قوله: (ولا بأس ببيع الورد والياسمين إذا أمكن قطافه ثم يكون بعد ذلك للمشتري إلى آخر إبانه، ولا يجوز بيعه سنين عدة).

ما ذكر خالف فيه أكثر العلماء خارج المذهب.

وقالوا: لا يجوز إلا بيع بطن بعد بطن.

قوله: (ولا بأس ببيع الزرع إذا يبس واشتد).

ما ذكره هو قول «سلمها الأول»[2].

وروى ابن وهب: لا يباع الحبّ حتى ييبس وينقطع عنه شرب الماء حتى لا ينفعه الشراب.

اللخمي: وفي «الموازية» عن ابن شهاب: كان العلماء يقولون: «بدو صلاح الزرع إذا أفرك».

قال: والأول أحسن؛ لحديث ابن عمر[3]: «حتى يبيض» ووقع في بعض النسخ «أشهب» بدل «ابن شهاب»، وهو غلط لنص «النوادر» عن ابن شهاب.

وفي سماع أصبغ قال: سألت محمدًا: إذا يبس الزرع، وفيه ما لا خطب لم ييبس؟

قال: لا بأس ببيع جميعه.

---

(١) في ب: يتقدر.

(٢) «التهذيب» (٣/ ٤٢٣).

(٣) أخرجه مسلم (١٥٣٥).

ولا بأس ببيعه بعد جزازه إذا كان حزمًا، ولا يجوز بيعه إذا درس واختلط بتبنه، ولا بأس ببيعه قصيلاً على القطع قبل يبسه واشتداده.

ومن اشترى قصيلاً على القطع فأخر قطعه حتى بدا صلاحه بطل بيعه، فإن فات عند مشتريه ولم يكن رده، ضمن المشتري مكيلته أو قميته وردها على البائع ورجع عليه بالثمن.

قوله: (ولا بأس ببيعه بعد جزازه إذا كان حزمًا).

أراد بقوله: «**حزمًا**» لأنه هو الذي يقع به [الحزر][1] احترازًا مما إذا [كدّس][2] بعضه على بعض فإنه لا يجوز بيعه.

وما ذكره الشيخ هو أحد القولين.

وقيل: إنه يجوز؛ لأنه يرى في سنبله ويعرف قدره.

وظاهر قول الشيخ أعم من أن تكون الرؤوس لجهة واحدة أم لا؟

وقال ابن عبد السلام: ينبغي أن يكون الخلاف [خلاف][3] في حال، فإن كانت الرؤوس لجهة واحدة فالنفس أميل إلى الجواز، وإلا فلا شك في المنع.

قوله: (ولا يجوز بيعه إذا درس واختلط بتبنه.

ولا بأس ببيعه قصيلًا على القطع قبل يبسه واشتداده).

يريد: لأنه لا يأخذ [الحزر][4].

ويريد: إلا أن يكون يسيرًا فإنه يجوز بجوازه فيها في السلم في الجزاف، وتأولوه على القليل، لأنه يحاط بتقديره.

قوله: (ومن اشترى قصيلًا على القطع فأخره حتى بدا صلاحه بطل بيعه، فإن فات عند مشتريه ولم يمكن رده، ضمن المشتري مكيلته أو قيمته وردها على البائع، ورجع عليه بالثمن، ....

---

(١) في ب: الحرز.

(٢) في ب: كسر.

(٣) سقط من ب.

(٤) في ب: الحرز.

فإن جز بعضه وأخر بعضه حتى بدا صلاحه لزمه ثمن ما جز منه بحساب ما اشتراه وانفسخ البيع في باقيه ورده على بائعه إن أمكن رده، وإن فات عند مشتريه فقد ذكرنا حكمه.

ومن اشترى قصيلاً على القطع، ثم اشترى الأرض التي هو فيها من ربها جاز له أن يبقي الزرع فيها ولم يلزمه قطعه.

❁ ❁ ❁

فإن جزّ بعضه وأخّر بعضه حتى بدا صلاح الذي أخّر منه لزمه ثمن ما جزّ منه لحساب ما اشتراه، وانفسخ البيع في باقيه ورده على بائعه إن أمكن ردّه، فإن فات عند مشتريه فقد ذكرنا حكمه).

أراد بقوله: «أو قيمته» أي: إن لم تعلم المكيلة.

قوله: (ومن اشترى قصيلًا على القطع ثم اشترى الأرض التي هو فيها من ربها جاز له أن يبقي الزرع فيها ولم يلزمه قطعه).

وأما لو اكترى الأرض فإنه لا يجوز له أن يبقي الزرع حتى يبدو صلاحه؛ لأنه لم يملك الأرض.

ولو اشترى الثمرة على التبقية ثم [اشترط][1] الأرض لم يكن له أن يبقيها؛ لأن عقد الثمرة فاسد.

ولو ورث الأرض بعد ذلك جازت التبقية، قاله مالك؛ لأن الثمرة إذا فسخ بيعها رجعت إليه بالإرث.

❁ ❁ ❁

---

(١) في ب: اشترى.

باب: في بيع الأصول وفيها الثمر والأرض وفيها الزرع

فصل: في بيع الأصول مع ثمرها مؤبرة وغير مؤبرة:

ومن اشترى نخلاً وفيها ثمر لم تؤبر فثمرتها للمتباع بغير شرط، وإن كانت قد أبرت فثمرتها للبائع إلا أن يشترطها المبتاع فتكون له بشرطه، فإن أبر بعضها ولم يؤبر بعضها، فإن كان ما أبر مثل ما لم يؤبر فالمؤبر

باب: في بيع الأصول وفيها الثمر والأرض وفيها الزرع

قوله: (**قال: ومن اشترى نخلًا وفيها ثمر لم يؤبّر فثمره للمبتاع بغير شرط، وإن كانت قد أبّرت فثمرتها للبائع إلا أن يشترطها المبتاع فتكون له بشرطه**).

ما ذكر فيما إذا أبّر، قال المتيطي: هو مشهور المذهب العمل به.

وقال ابن الفخار وابن عتاب: هو للمبتاع.

وردّ: بأنه إنما قاله لخصوصية النازلة وهي من باع جميع ما [حوته][1] أملاكه من الأرض والشجر وما بالدار من جبح منصوب هو للبائع إلا أن يشترطه المبتاع، والنخل في جدار الدرا أو كرائه.

قال بعض القرويين، ونحوه لابن العطار وغيره: هي للمبتاع؛ إذ لا يستطاع إزالتها إلا بهدم الكواء، والحمام في برج فيها بخلافه فللبائع، لأنه تؤخذ دون إضرار بالمبتاع في برجه.

ونحوه للباجي[2].

وقال ابن العطار: هما سواء النخل والحمام للمبتاع.

وفي «وثائق الباجي»: هما معًا للبائع إلا أن يشترطهما المبتاع بعد المعرفة به.

ونحوه لأبي عمران وأبي بكر بن عبد الرحمن.

قوله: (**وإن أبر بعضها ولم يؤبّر بعضها فإن كان ما أبّر مثل ما لم يؤبّر [فالمأبور]**[3]

---

(١) في أ: حوزته.

(٢) «المنتقى» (٥/ ١٢٩).

(٣) في ب: فالمؤبر.

للبائع وغير المؤبر للمبتاع، وإن كان أحدهما أكثر من الآخر ففيها روايتان:

إحداهما: أن الأقل تبع للأكثر.

والأخرى: أن ما أبر للبائع وما لم يؤبر للمبتاع.

فصل: في بيع الأرض وفيها زرع أو شجر مثمر:

ومن اشترى أرضًا وفيها زرع لم يبدُ صلاحه، ولم يذكر في عقد البيع ففيها روايتان:

إحداهما: أنه للبائع.

والأخرى: أنه للمبتاع.

للبائع وغير [المأبور][(١)] للمبتاع، وإن كان أحدهما أكثر من الآخر ففيها روايتان:

إحداهما: أن الأقل تبع للأكثر.

والأخرى: أن ما أبر وما لم يؤبر للمبتاع).

ما ذكره [به][(٢)] المثل، ويريد به: إذا كان ما أبر وما لم يؤبر مثمرًا في نخلات بأعيانها متفق عليها، وأما إن كان ما أبّر شائعًا في كل نخلة، وما لم يؤبر كذلك، فاختلف في ذلك على أربعة أقوال حكاها ابن زرقون.

فقيل: كله للمبتاع وقيل: يخير البائع إما سلم الثمرة وإلا فسخ البيع.

وقيل: البيع مفسوخ.

قوله: (ومن اشترى أرضًا، وفيها زرع صغير لم يبد صلاحه ولم يذكره في عقدة البيع ففيه روايتان:

إحداهما: أنه للبائع كالمأبور من الثمار.

والأخرى: أنه للمبتاع).

صَرَّحَ المتيطي بأن المشهور الثاني.

وظاهر كلام الشيخ: أنه الذي بذره في الأرض ولم يبرز، فلا خلاف من قوله: أنه للبائع، وليس كذلك، بل روى ابن عبد البر أن إباره بذره في الأرض.

---

(١) في ب: المؤبر.

(٢) في ب: في.

ومن اشترى أرضًا وفيها شجر مثمر فما كان من ثمرها عقدًا فهو للبائع، وما كان وردًا فهو لمبتاع.

فصل: في بيع الثمار على رؤوس الأشجار والاستثناء منها:

ولا بأس ببيع الثمار في رؤوس النخل والشجر جزافًا ولا يجوز بيعها خرصًا. ولا بأس أن يبيع جزءًا منها مثل نصفها أو ثلثها أو غير ذلك من أجزائها.

ولا بأس أن يبيعها ربها ويستثني جزءًا منها يسيرًا كان أو كثيرًا. ولا بأس أن يبيعها جزافًا ويستثني منها كيلاً معلومًا إذاكان يسيرًا قدر ثلثها أو أقل منه.

قوله: (ومن اشترى أرضًا وفيها شجر مثمر فما كان من ثمرها [عقدًا][1] فهو للبائع، وما كان [وردًا][2] فهو للمبتاع).

قال بعض شيوخنا[3]: هذا نقيض ما أفتى به ابن الفخار وابن عتاب فهو حجة لمن خالفهما.

قوله: **([ولا بأس ببيع الثمار في رؤوس النخل والشجر جزافًا، ولا يجوز بيعها خرصًا.**

ولا بأس ببيع جزء منها مثل نصفها أو ثلثها أو غير ذلك من أجزائها.

ولا بأس أن يبيعها ربها ويستثني جزءًا منها يسيرًا كان أو كثيرًا][4].

ولا بأس أن يبيعها جزافًا ويستثني منها كيلًا معلومًا إذا كان يسيرًا قدر ثلثه أو أدنى منه).

ما ذكره من جواز استثناء الثلث هو كذلك بالاتفاق.

وظاهر كلام الشيخ: سواء كان بسرًا أو تمرًا أو رطبًا، وهو كذلك، صَرَّحَ به أشهب.

---

(١) في ب: قد عقد.

(٢) في ب: قد ورد.

(٣) «مختصر ابن عرفة» (٩/ ١٨٤).

(٤) سقط من ب.

ولا بأس أن يستثني منها نخلات يختارها ويعينها إذا كان ثمرها قدر ثلث جميع الثمرة أو أدنى منه.

قال ابن عبد السلام: وهذا ظاهر إذا قلنا: إن المستثنى مبقى، وأما إذا قيل: إنه مشترى، ففيه نظر.

واختلف قول مالك إذا كانت الثمرة أنواعًا، واستثنى من نوع منها أكثر من ثلثه إلا أنه أقل من ثلث الجميع بالإجازة والمنع، وبه أخذ ابن القاسم وأشهب.

واختلف في جواز استثناء وبائع صبرة كيلاً منها يبلغ ثلثها، والمشهور جوازه كالثمرة.

وروى ابن الماجشون عن مالك: لا يجوز قلّ أو كثر.

وقال به ابن القاسم في بيع الشاة واستثنى ثلثها، وأجازه أشهب.

وَفَرَّقَ المازري لابن القاسم بينها وبين الصبرة: بأن الصبرة مرئية فخف غررها بخلاف اللحم فإنه مغيب.

قلت: وبما ذكره يفرق بينه وبين الثمرة.

قوله: **(ولا بأس أن يستثني منها نخلات يختارها [ويعينها][(١)] إذا كان ثمرها قدر ثلث جميع الثمرة أو أدنى منه)**.

أراد بـ «لا بأس» لصريح الإباحة لقولها[(٢)]: «أجازه مالك بعد أن وقف فيه نحو أربعين ليلة».

وقال ابن القاسم: لا يعجبني ذلك ولا أحب لأحد أن يدخل فيه، فإن وقع أجزته لقول مالك فيه.

وحمل المغربي على ابن القاسم أنه أراد المنع ابتداء، ولذلك احتاج في إمضائه للتعليل، وعليه حمله ابن عبد السلام ورجحه على حمل ابن الحاجب[(٣)].

---

(١) في ب: ولا بعينها.

(٢) «المدونة» (٣/ ٢٣٧)، و«التهذيب» (٣/ ١٩٨).

(٣) «جامع الأمهات» (ص/ ٣٧٦).

ومن باع حائطًا جزافًا، واستثنى منه كيلاً معلومًا فأراد بيعه قبل أن يستوفيه من المشتري ففيها **روايتان:**

إحداهما: جواز بيعه.

والأخرى: منعه.

فصل: فيما إذا فني الثمر دون أن يستوفي المبتاع ما اشتراه:

ولا بأس أن يشتري الرجل ثمرًا مكيلاً من حائط بعينه إذا بدا صلاحه بثمن معجل أو مؤجل. فإن قبض بعض ما اشتراه، ثم فني ثمر الحائط قبل أن

قوله على الكراهة بقوله: وكرهه ابن القاسم.

واتفق مالك وابن القاسم فيها على منع شراء المشتري على خيار نخلات، ولا سؤال على ابن القاسم إذ لم يفرق بين البائع والمشتري.

وأما مالك ففرق له التونسي بأن المستثنى عنده مبقى، [ولو كان مشترى لمنع كما منع ابن القاسم.

والتزم عبد الحق الفرق على تقدير أن يكون المستثنى عنده مبقى][(١)]؛لأن العلة التي مع المشتري بسببها من الخيار هو خوف الانتقال بعد الاختيار معدومه في حق البائع غالبًا؛ لأنه يعلم حال مبيعه فلا يختار إلا الجيد الذي لا يتردد ذهنه فيه أصلًا.

قوله: (ومن باع حائطًا جزافًا واستثنى منه كيلًا معلومًا، فأراد بيعه قبل أن يستوفيه من المشتري ففيها روايتان:

إحداهما: جواز بيعه.

والأخرى: منعه).

الرواية الأولى بناء على أن المستثنى مبقى، والأخرى على أنه مشترى.

[**قوله: (ولا بأس أن يشتري الرجل تمرًا مكيلًا من حائط بعينه إذا بدى صلاحه بثمن معجل أو مؤجل، فإن قبض بعض ما اشتراه ثم فني ثمر الحائط قبل**..................

---

(١) سقط من ب.

يستوفي ما اشتراه فإنه يأخذ بقية رأس ماله أو بدلاً منه على ما يتراضيان هو والبائع عليه في الحال.

ويجوز أن يؤخر بقية رأس ماله، ولا يجوز أن يفسخ ما بقي له في شيء يؤخره.

❋ ❋ ❋

أن يستوفي ما اشتراه فإنه يأخذ بقية رأس ماله أو بدلًا منه ما يتراضيان هو والبائع عليه في الحال، ويجوز أن يؤخره بقية رأس ماله ولا يجوز أن يفسخ ما بقي له في شيء يؤخره)][1].

❋ ❋ ❋

---

(١) سقط من ب.

باب: بيع العرايا

فصل: في بيع العرايا:

ولا بأس ببيع العرية وهي هبة ثمر النخل والشجر، ومن ملك عرية فلا يجوز له أن يبيعها حتى يبدو صلاحها، ....

باب: في بيع العرية

قوله:(ولا بأس [ببيع][1] العرية وهي هبة ثمن النخل والشجر ومن ملك عرية فلا يجوز له بيعها حتى يبدو صلاحها).

قال بعض شيوخنا[2]: العرية: ما منح من [ثمر][3] ييبس، وهي بتشديد الباء لغة، وعرفًا قاله عياض[4].

وهي رخصة.

قال المازري[5]: مستثناة من بيع الرطب بالتمر وربا الفضل والنَّساء .

وظاهر قول الشيخ: «وهي هبة» أنه لا يشترط لفظ العرية بل يصح ذلك بلفظ الهبة والمنحة مثلًا، وبه قال ابن حبيب وغيره.

والمشهور: عدم الجواز اتباعًا للفظ الحديث.

وقول الشيخ: «والشجر» من باب عطف العام على الخاص.

وظاهره: سواء كانت مما ييبس ويدخر أم لا، وهو كذلك.

وقيل: لا يجوز إلا فيما ييبس ويدخر.

وقيل: لا يجوز إلا فيما ورد فيه الحديث، وهو النخل، وألحق به في بعض الروايات العنب.

وسبب الخلاف: هل يقاس على الرخص أم لا؟

(١) سقط من ب.

(٢) «مختصر ابن عرفة» (٩/ ٢٠٣) .

(٣) في أ،ب: شجر، والمثبت من «مختصر ابن عرفة» والمثبت هو الصواب.

(٤) «التنبيهات» (٣/ ١٤٣١).

(٥) «شرح التلقين» (٣-١/ ١١).

فإن بدا صلاحها جاز بيعها من المُعرى وغيره بالدنانير والدراهم والعروض، ولم يجز بيعها بالتمر من غير مُعرِيها.

ويجوز بيعها من المُعرى خاصة بخرصها تمرًا يعطيه إياه عند جدادها ولا يعجله قبله ولا يؤخره بعده إذا كان قدرها خمسة أوسق فما دونها، ولا يجوز فيما فوقها.

قوله: (**فإذا بدا صلاحها جاز بيعها من المُعرى وغيره بالدنانير والدراهم والعروض، ولم يجز بيعها بالتمر من غير معريها.**

ويجوز بيعها من المعري خاصة بخرصها تمرًا يعطيه إياه عند جدادها ولا يعجله قبله ولا يؤخره بعده).

ما ذكره في غير المعري لا خلاف فيه، [وما ذكره][1] في المعرى.

قال ابن بشير[2]: فيه ثلاثة أقوال:

فقيل: يجوز بالخرص، والعين والعرض، وهو المشهور.

وقيل: يمنع إلا بالخرص.

وقيل: يمنع شراؤها بكل شيء للنهي عن العود في الهبة وعن الربا وعن بيع الرطب بالتمر.

وظاهر قول الشيخ: «**جاز بيعها**» يقتضي الجمع، فلو اشترى بعضها فلا يجوز وهو كذلك في أحد القولين بناء على أن العلة في شراء العرية لقصد الضرر.

وقيل: جائز بناء على أنها لقصد المعروف، وكذلك الخلاف إذا اشترى جميعها وهي كل الحائط بناء على ما تقدم من الخلاف في التعليل.

قوله: (**وذلك إذا كان قدرها خمسة أوسق فما دونها، ولا يجوز فيما فوقها**).

ما ذكر هو رواية المصريين.

وروى أبو الفرج عن مالك: أنه يشترط أن يكون أقل من خمسة أوسق.

---

(١) سقط من أ.

(٢) «التنبيه» (٢/ ١٦٠/ أ).

ومن أعرى نفرًا شتى عرايا عدة فلا بأس أن يشتري من كل واحد منهم عريته إذا بدا صلاحها بخرصها مرًا إذا كان قدرها خمسة أوسق فما دونها.

❁ ❁ ❁

قوله: (ومن أعرى نفرًا شتى عرايا عدة فلا بأس أن يشتري من كل واحد عريته إذا بدا صلاحها بخرصها تمرًا إذا كان قدرها خمسة أوسق فما دونها).

ما ذكره لا أعلم فيه خلافًا .

وقوة كلامه تقتضي أنه لو أعار لرجل واحد عرايا من حوائط فإنه لا يشتري [إلا][1] الخمسة فقط وهو كذلك قاله يحيى بن عمر، وأبو محمد.

وقيل: يشتري من كل حائط خمسة أوسق قاله أبو الحسن القابسي.

وقيل: إن كانت بلفظ واحد فالأول وإلا فالثاني، قاله أبو القاسم بن الكاتب، وكلها تأول على قولها.

قال المازري[2] وسبب الخلاف: هل يتعدد العقد بتعدد المعقود عليه أم لا؟

ومرّض بعض شيوخنا[3] قوله هذا: بأنه يوجب قصر الخلاف على كونها [في][4] عقد واحد فيسقط الثالث وقد ذكر الثلاثة كعبد الحق.

❁ ❁ ❁

(١) سقط من أ .

(٢) «شرح التلقين» (٢/ ١٥٥).

(٣) «مختصر ابن عرفة» (٩/ ٢١٤) .

(٤) زيادة من «مختصر ابن عرفة» .

باب: الجوائح في الثمار

فصل في الوضع في بيع الثمار بسبب الجوائح والجيش ونقصان الشرب:

ومن اشترى ثمرة قد بدا صلاحها فأصابتها الجائحة، فأتلفت ثلث مكيلتها فصاعدًا سقط منه من ثمنها بقدر ما تلف منها.

وإن كان ما تلف منها أقل من ثلث مكيلتها فمصيبة ذلك من مشتريها، ولا يرجع على البائع بشيء منها.

باب: الجوائح في الثمار

قوله: (ومن اشترى ثمرة قد بدا صلاحها فأصابتها جائحة فأتلفت ثلث مكيلتها فصاعدًا سقطت عنه من ثمنها بقدر ما تلف منها، وإن كان ما تلف منها أقل من ثلث مكيلتها فمصيبة ذلك من مشتريها ولا يرجع على البائع بشيء من ثمنها).

قال بعض شيوخنا(١): الجائحة: ما تلف من معجوز عن دفعه عادة قدرًا من ثمر أو نبات بعد بيعه.

وما ذكر من أن المعتبر ثلث المكيل هو قول ابن القاسم.

وقال أشهب: المعتبر ثلث القيمة لا ثلث المكيلة.

وظاهر كلامه: لو كانت الثمرة مهرًا فإنه لا جائحة فيها لقوله: «**ومن اشترى**»؛ لأن إطلاق الشراء على ذلك مجاز؛ لأن الصداق [نحلة](٢)، وهو كذلك عند ابن القاسم؛ لأنه يشترط البيع المحض خلافًا لابن الماجشون، وَضَعَّفَهُ اللخمي وابن يونس(٣).

وَضَعَّفَ ابن [رشد](٤) قول ابن القاسم بإيجابه الجائحة في العرية مع أنها ليست بيعًا محضًا.

---

(١) «مختصر ابن عرفة» (٩/ ٢٢٢).

(٢) في أ: يحله.

(٣) «الجامع» (٦/ ٢٣٢).

(٤) في ب: راشد.

والجائحة الموضوعة عن المشتري كل ما كان من آفات السماء مثل البرد والريح والبَرَد والثلج والحر والجراد والعفن وما أشبه ذلك.

وإذا نزل جيش بثمرة فأتلفها أو أتلف ثلثها فصاعدًا، فهو بمنزلة الجائحة.

وأجابه شيخنا أبو مهدي . رحمه الله تعالى . : بأنها بيع محض، وإنما المعروف فيها هبة الثمرة أولًا، وليس محل النزاع.

ويريد الشيخ: ما لم تكن الثمرة مشتراة مع الأصل فإنه لا جائحة فيها، ونص على ذلك فيها.

وقيل: بثبوتها إن عظم خطرها، قاله أصبغ.

قوله: (**والجائحة الموضوعة عن المشتري كل ما كان من آفات السماء مثل البرد الريح والبَرَد والثلج والحر والجراد والعفن [والتتريب]**[1]**، وما أشبه ذلك**).

يدخل في قول الشيخ: «**وما أشبه ذلك**»: النار، والمطر، والطير الغالب، والدود، وعفن الثمرة في الشجر، والسَّمُوم، والغرق[2].

وما ذكره متفق عليه، قاله ابن حارث.

قوله: (**وإذا نزل جيش بثمرة فأتلفها أو أتلف ثلثها فصاعدًا فهي بمنزلة الجائحة**).

لا خصوصية لذكره «**الجيش**» بل وكذلك السارق والسلطان الغالب لنص ابن القاسم وابن عبد الحكم وغيرهما بذلك.

وقيل بعكسه: ليس بجائحة، قاله مطرف وابن الماجشون وسحنون.

وفرّق ابن نافع بين السارق والجيش.

وحكى المتيطي الخلاف في الجيش عن مالك.

ويريد الشيخ: ما لم يعرف الجيش أو واحد منه؛ لأنه يضمن جميعه، فإنه يتبعه المبتاع بقيمة ما أخذ منه، وإن كان معدمًا.

ولا يكون جائحة لتقييد أبي محمد والفاسي قول ابن القاسم بذلك في السارق.

---

(١) في ب: التشريب.

(٢) انظر: «التهذيب» (٣/ ٤٣٢).

وما كان من نقصان الشرب فإنه يوضع قليله وكثيره.

فصل: في الجوائح في المقاثي والمباطخ والبقول:

والمقاثي والمباطخ بمنزلة الثمار في وضع الجوائح فيها. ومن اشترى بقلاً أصابته جائحة ففيها ثلاث روايات:

إحداها: أنه بمنزلة الثمار يوضع التلث منه وما فوقه ولا يوضح ما دونه.

والرواية الثانية: أنه يوضع قليله وكثيره.

والرواية الثالثة: أنه لا يوضع شيء منه قل أو كثر.

قوله: (وما كان من نقصان الشرب فإنه يوضع قليله وكثيره).

ظاهره: سواء كان ماء العيون أو ماء السماء،وهو كذلك فيها[1].

واختلف إذا اشترى بشرب نهر فغار الماء، ففيها: يوضع عن مشتريه ما قلّ أو كثر إلا أن يكون ما فسد لذلك يسيرًا لا خطب له.

وقال اللخمي: في الرجوع [النقص][2] الماء المشترى [السقي][3] مطلقًا، وإن بلغ الثلث قولان، والأول أحسن.

قوله: (والمباطخ والمقاثي بمنزلة الثمار في وضع الجائحة فيها).

ما ذكره هو أحد القولين.

وقيل: يوضع الجائحة مطلقًا، قاله أشهب.

قوله: (ومن اشترى بقلًا فأصابته جائحة ففيه ثلاث روايات: إحداهن : أنه بمنزلة الثمار يوضع الثلث منه، وما فوقه، ولا يوضع ما دونه.

والرواية الثانية: أنه يوضع قليله وكثيره.

والرواية الثالثة: أنه لا يوضع شيء منه قلّ أو كثر).

---

(١) «التهذيب» (٣/ ١٦٣).

(٢) في ب: بنقص .

(٣) في أ: السقي.

ولا جائحة في ثمر عند جداده ولا زرع عند حصاده.

❁ ❁ ❁

الرواية الأولى رواها عليّ بن زياد وابن أشرس.

والثانية رواها ابن القاسم وكلاهما فيها[1].

وقال ابن حارث: اتفقوا على وضع جائحة البقل، واختلفوا في قدر ما يوضع وهو قصور لنقل الشيخ الرواية الثالثة: بأنه لا جائحة فيها بالإطلاق، وكذلك اختلف في قصب السكر على ثلاثة أقوال كالبقول.

وكذلك ألحقوا الزعفران والريحان والقرط والقصب بالبقول.

واختلف في الأصول المغيبة مثل اللفت والبصل هل هي كالبقول أم لا؟

ومذهبها أنها كهن.

قوله: (ولا جائحة في تمر عند جداده، ولا زرع عند حصاده).

تسامح في قوله: «**عند جداده**» وإنما أراد أنه لا جائحة في الثمرة إذا انتهى طيبها.

وما ذكره هو المشهور.

وقال سحنون: في ذلك الجائحة، حكاها ابن الحاجب ونقله المتيطي عن ابن كنانة ونقل ابن يونس عن سحنون مثل المشهور.

❁ ❁ ❁

---

(١) «التهذيب» (٣/ ٤٢٥)

باب: في الصرف

فصل: في بيع الذهب والورق:

ولا يجوز بيع الذهب بالذهب، ولا الوَرِق بالوَرِق تبرهما ومضروبهما، حليهما ونقارهما، جيدهما ورديئهما إلا مثلاً بمثل، وزنًا بوزن، يدًا بيد.

ولا يجوز في ذلك.

باب: في الصرف

قوله: (ولا يجوز بيع الذهب بالذهب ولا الورق بالورق تبرها ومضروبها، حليها ونقرها، جيدها ورديئها إلا مثلًا بمثل، وزنًا بوزن، يدًا بيد).

ابتدأ - رحمه الله- بالمراطلة وهي: لقب في بيع العين بمثله.

وظاهر كلام الشيخ: أنه لا يغتفر الرجحان اليسير خلافًا لما ذكره ابن العربي في كتابه المسمى بـ «المحصول في أصول الفقه»[(١)].

وأما الصرف:

فقال بعض شيوخنا[(٢)]: هو بيع الذهب بالفضة أو أحدهما بفلوس لقولها[(٣)]: «من صرف دراهم بفلوس»، والأصل الحقيقة.

وأورد عليه شيخنا أبو عبد الله محمد الوانوغي قولها[(٤)]: «ولو جرت الجلود بين الناس لكرهنا بيعها [نظرة][(٥)]».

وأجابه: بأن هذا تقدير فرض.

قوله: (ولا يجوز في ذلك تراخٍ).

---

(١) «المحصول» (ص/ ١٣٢) .

قال ابن العربي: «......ومثال الرابع : إجازة التفاضل اليسير في المراطلة الكبيرة، وإجازة بيع وصف في اليسير » . ا هـ .

(٢) «مختصر ابن عرفة» (٧/ ٣٣٤-٣٣٦) .

(٣) «المدونة» (٣/ ٥).

(٤) «التهذيب» (٣/ ٩٣).

(٥) سقط من ب .

ولا في بيع الذهب بالورق حوالة، ولا حمالة، ولا نظرة، ولا بأس باقتضاء الذهب من الورق والورق من الذهب إذا حلت، ولا يجوز قبل حلولها.

يريد: ويفسخ.

وظاهره: قرب أو بعد وهو كذلك في البعد اتفاقًا، وفي القرب على المشهور، وفي «الموازية» أنه يصح، وهذه طريقة ابن شاس[(١)]، وابن الحاجب[(٢)]، وغيرهما إنما يحكي الخلاف في القرب بالخفة والكراهة، وهذا إذا كانت المفارقة اختيارًا، واختلف إذا كانت غلبة على ثلاثة أقوال:

فقيل: كالواقعة اختيارًا.

وقيل: [يجوز][(٣)] للضرورة.

وقيل: إن غلبا معًا كظهور زائف قلبه ثالث لهما فالأول وإلا فالثاني.

قوله: (**ولا في بيع الذهب بالورق حوالة ولا حمالة ولا نظرة**).

ما ذكره في الحوالة هو نصها في «كتاب الخيار»[(٤)].

ويريد: إن ذهب المحيل قبل القبض، وإن قضاه قبل مفارقته، فإنه مكروه.

وما ذكره في الحمالة هو نصها أيضًا، وزاد: «ولا شرط ولا رهن».

قوله: (**ولا بأس باقتضاء الذهب من الورق والورق من الذهب إذا حلَّت [آجالها]**[(٥)]**، ولا يجوز ذلك قبل حلولها**).

ما ذكره هو قولها في «كتاب الصرف»[(٦)]، وهو المشهور، وأحد الأقوال الثلاثة.

وقيل: يُمنع مطلقًا، قاله أشهب.

وعكسه قاله ابن وهب وابن كنانة وإسماعيل القاضي.

---

(١) «عقد الجواهر» (٢/ ٦٢٩).

(٢) «جامع الأمهات» (ص/ ٣٤١).

(٣) سقط من أ .

(٤) «التهذيب» (٣/ ١٩٠).

(٥) سقط من ب.

(٦) «التهذيب» (٣/ ٩٨).

فصل: في صرف الذهب بالورق والدنانير بالدراهم:

ومن ابتاع ذهبًا بورق، ثم وجدها ناقصة، فإن طلب التمام انتقض صرفه، وإن رضي بالنقصان صح صرفه.

وفي «التهذيب» في «**كتاب الحمالة**»[١]: ومَن لك عليه دراهم حَالَّة فأحالك على دنانير له على رجل هي كصرف دراهمك وقد حلَّت لم يجز.

ولا مناقضة لما في «صرفها» لحمل قولها على أنه لم يتعجل قبضها، وهو في «الأم»[٢] كالنص بذلك، وأما لو تعجل لجاز.

قوله: (ومَن ابتاع ذهبًا بورق ثم وجدها ناقصة، فإن طلب التمام انتقض صرفه، وإن رضي بالنقصان صح صرفه).

اختلف في صرف التصديق في الوزن أو في الصفة منهما أو من أحدهما على أربعة أقوال:

فقيل: لا يجوز، وهو المشهور.

وقيل: إنه جائز، قاله أشهب ورواه.

وقيل: إنه مكروه، قاله مالك أيضًا.

وقيل: إن كان ثقةً صالحًا جاز وإلا فلا، قاله اللخمي.

وما ذكره من انتقاض صرفه فيما إذا طلب التمام هو المنصوص، وخرج قول بصحة ما وقع التناجز فيه من القول؛ لأن العقد يتعدد بتعدد المعقود عليه ومن الخلاف السابق في الغلبة.

وما ذكره في الرضا وظاهره: كان كثيرًا أو قليلًا هو أحد الأقوال الثلاثة.

وقيل: لا يصح.

وقيل: إن كان قليلًا صح، وهذا كله مع المفارقة أو الطول، ويدل عليه قول الشيخ: [«تمَّ»][٣].

---

(١) «التهذيب» (٤/ ٣٦٢).

(٢) «المدونة» (٣/ ١٣٩).

(٣) في ب: ثم.

ولو وجد فيها رديئًا فأراد رده انتقض صرفه، وإن رضي بيعه تَمّ صرفه.

ولو صرف دنانير عدة بدراهم وسمى لكل دينار منها ثمنًا ووجد في الدرهم رديئًا فأرد رده انتقض صرف دينار واحد منها إذا كان ذلك قدر المردود من الدراهم، وإن كان أكثر من ذلك انتقض صرف دينارين ثم على هذا الحساب حكم المردود وغيره.

وإن صرف عدة دنانير بدراهم، ولم يسم لكل دينار منها ثمنًا، ثم وجد في الدراهم رديئًا فأراد رده انتقض الصرف كله.

قوله: (ولو وجد فيها رديئًا فأراد رده انتقض صرفه، وإن رضي بعيبه تمَّ صرفه).

ما ذكره من انتقاض صرفه هو المشهور.

وقيل: بجواز البدل، قاله ابن وهب والليث بن سعد.

وقيل: مثله إن قلَّبا واختبرا، قاله اللخمي.

وما ذكره فيما إذا رضي متفق عليه.

وتعقب: بأنه إنما وقع العقد على طيب، والرضا بالزائف بعد ذلك تأخير.

وأجاب المازري: بأن المقبوض على أنه طيب كقبضه لدخوله في ملك قابضه بذلك لضمانه الملزوم لاستحقاقه غلبة، فانتفى التأخير.

واختلف إذا وجد المردود رصاصًا ونحوه:

فقيل: حكمه حكم ما ذكر الشيخ.

وقيل: كنص المقدار.

قوله: (ولو صرف دنانير عدة بدراهم، وسمى لكل دينار منها ثمنًا، ثم وجد في الدراهم رديئًا فأراد رده انتقض صرف دينار واحد منها إذا كان ذلك قدر المردود من الدراهم، وإن كان أكثر من ذلك انتقض صرف دينارين، [ثم][1] على هذا الحساب يكون حكم المردود وغيره، فإن صرف عدة دنانير بدراهم ولم يُسم لكل دينار منها ثمنًا، ثم وجد في الدراهم رديئًا فأراد رده انتقض الصرف كله).

---

(١) سقط من ب.

فصل: في صرف الدنانير والدراهم عددًا:

ولا بأس ببدل الدنانير والدراهم الناقصة بالوزن على وجه المعروف يدًا بيد.

ما ذكر من الفرق بين التسمية وعدمها هو الذي يحكيه أصحابه البغداديون.

وقيل: ينتقض الجميع إذ لا أثر للتسمية.

وقيل: ينتقض ما قابل [النقض][١] خاصة.

قوله: (ولا بأس ببدل الدنانير والدراهم الناقصة بالوازنة على وجه المعروف يدًا بيد).

أطلق الشيخ في محل [التقيد][٢] وذلك من ثلاثة أوجه:

أحدها: أنه يجوز بدل الثلاثة فأقل، ولا يجوز السبعة فأكثر اتفاقًا فيهما، واختلف فيما بينهما على قولين.

الثاني: من شرط البدل:ألَّا يكون الأنقص أجود، فإن كان فإنه لا يجوز باتفاق لظهور المكايسة المنافية للمعروف.

الثالث: إنما يجوز إذا كان النقص يسيرًا، واختلف هل ذلك سدس في الدينار أو دانقان على قولين حكاهما ابن شاس[٣].

قال ابن عبد السلام: والأول ظاهرها.

ورده بعض شيوخنا[٤] : بأنه لم يذكره تحديدًا بل فرضًا، ونصها[٥]: ولو أبدل ستة دنانير تنقص سدسًا سدسًا، فلا بأس به.

قلت: وسمعت غير واحد يقول: إن الجزء من الدينار كالدينار.

وسئل أبو زكريا يحيى بن منصور - من التونسيين - عن رجل فقيرٍ يقول: مَن

---

(١) في ب: النقص .

(٢) في ب: التقييد .

(٣) «عقد الجواهر» (٢/ ٦٢٨).

(٤) «مختصر ابن عرفة» (٧/ ٤٣٨) .

(٥) «المدونة» (٣/ ٣٣)، و«التهذيب» (٣/ ١١٧).

ولا بأس ببيع الحلي المكسورة والمصوغ محشورًا وفارغًا جزافًا بغير جنسه، ولا يجوز بيعه بجنسه، إلا وزنًا بوزن يدًا بيد.

ولا يجوز بيع الدراهم بالدنانير جزافًا، ولا بأس ببيع بعضهاب بعض عددًا من غير وزن، فيبدل ولا بأس ببيع العروض بالدراهم والدنانير عددًا من غير وزن.

يبدل لي هذا الربع بقيراط يأجره الله تعالى [فيبدل](١) له، فقال: فاعل ذلك مأجور.

وأجبته بما أفتى به شيخنا - حفظه الله تعالى- بأنه مأزور عملًا بما فوقه من اشتراط اليسارة.

قوله: (**ولا بأس ببيع الحلي المكسور والمصوغ محشوًّا وفارغًا جزافًا بغير جنسه، ولا يجوز بيعه بجنسه إلا وزنًا بوزن**).

ما ذكر من جوازه جزافًا رواه محمد، وزاد فيه: ما لم يعلم البائع وزنه.

وقيده اللخمي بقوله: يريد بالجواز: إن دل دليل على ما فيه، كقطع طرف منه يدل على كثافته.

وذكر المازري [جملة](٢) ذلك غير معزو بأنه المذهب.

قوله: (**ولا يجوز بيع الدنانير بالدراهم جزافًا، ولا بأس ببيع بعضها ببعض عددًا، ولا يبيع العروض بالدنانير والدراهم عددًا من غير وزن**).

ظاهره: سواء كان التعامل بالوزن أو بالعدد، وهو أحد الأقوال الأربعة.

وقيل: إنه جائز.

وقيل: مكروه، وعليه حمل ابن القصار وغيره قول مالك بالمنع.

وقيل: إن كان التعامل بالوزن يجوز جزافًا، وبالعدد لا يجوز، وهو الصحيح؛ لأنه إذا كان التعامل بالوزن فيصير [المقصد](٣) مبلغ وزنه، ولا عرض في آحاده فيصير كالتبر، وإذا كان بالعدد تكون آحاده مقصودة.

---

(١) في أ: يبدل .

(٢) في ب: حمله .

(٣) في ب: المقصود .

فصل: في تبديل السكة:

ومن اقترض دراهم أو دنانير أو فلوساً أو باع بها وهي سكة معروفة، ثم غير السلطان السكة وأبدلها بغيرها، فإنما عليه مثل السكة التي قبضها ولزمته يوم العقد.

فصل: في صرف الفلوس إلى أجل والتفاضل فيها:

ويكره صرف الفلوس إلى أجل، وبيع بعضها ببعض متفاضلاً حين كان يتعامل بها، فأما في وقتنا هذا فإنها كالعروض.

قوله: (ومَن اقترض دراهم أو دنانير أو فلوسًا أو باع بها وهي سكة معروفة، ثم غير السلطان السكة أو أبدلها بغيرها فإنما عليه مثل السكة التي قبضها أو لزمته يوم العقد).

ما ذكره هو قولها في «كتاب الرهون»[1]: «مَن باع بفلوس ففسدت فليس له إلا مثلها» وهو المشهور.

وفي «**كتاب ابن سحنون**»: إن انقطعت الفلوس قُضي بقيمتها، ونحوه وقع لأشهب على ما فهمه ابن محرز، وبه قال عبد الحميد الصائغ.

ويريد الشيخ: أنه لو عُدمت السكة فإنه يلزمه قيمتها، وهو نص «التلقين»[2].

واختار عبد الحميد: أنه يلزمه قيمة السلعة كمن أسلم في فاكهة [فإن فانقطع][3] إبانها.

قوله: (ويكره صرف الفلوس إلى أجل وبيع بعضها ببعض متفاضلًا حين كان التعامل بها، فأما في وقتنا هذا فإنها كالعروض).

ما ذكر هو أحد الأقوال الثلاثة عن مالك، وعنه التحريم والإباحة، وأخذ التحريم والكراهة من قولها[4]: «وليس بحرام بيِّن ولكن أكره التأخير فيها».

ومنهم مَن تأول الكراهة على التحريم فردهما إلى قول واحد وبه أقول، ومثله منع

(١) «التهذيب» (٤/ ٦٥).

(٢) «التلقين» (٢/ ١٥٠).

(٣) في أ: فإن قطع.

(٤) «التهذيب» (٣/ ٩٣).

فصل: فيمن اقترض دراهم أو عينًا ثم غلت أو رخصت:

ومن اقترض من صيرفي بقدر نصف دينار دراهم، ثم رخصت أو غلت فإنما عليه مثلها أخذ منه، وكذلك من الذهب والورق، ولو اقترض منه دينارًا عنيا، ثم رخصت العين أو غلت فعليه وزن ما أخذ منه عينًا من الذهب والورق.

فصل: في شراء تراب الذهب والورق:

ولا بأس بشراء تراب المعدن من الذهب والورق بغير جنسه، ولا يجوز شراؤه بشيء من جنسه.

فصل: في قضاء قرض الدنانير عددًا عن الوزن أو وزنًا عن العدد :

ومن اقترض دنانير عددًا ثم قضى وزنًا أو اقترض وزنًا فقضى عددًا فلا بأس به إذا لم يكن فيه شرط ولا عادة.

«سلمها الثالث»[١] بيعها جزافًا كالعين، ويعارض ذلك قول «زكاتها»[٢]: لا تزكى إلا في الإدارة كالعروض.

وقول **«سلمها الثاني»**[٣] :«إذا باع بها وكيل ضمنها»؛ لأنها كالعروض إلا سلعة يسيرة.

قوله: (ومَن اقترض من صيرفي بقدر نصف دينار دراهم، ثم رخصت أو غليت فإنما عليه مثل ما أخذ منه، وكذلك لو اقترض منه دينارًا عينًا ثم رخصت العين أو غلت فإنما عليه وزن ما أخذ منه عينًا من الذهب والورق).

ذِكْرُه الصيرفي طردي، وهذه خلاف الأولى في التصوير فليست بتكرار؛ لأن الأولى قطع السلطان سِكَّتَهَا، وهذه إنما فيها الرخص أو الغلاء، ولا أعلم هنا خلافًا.

قوله: (ولا بأس بشراء تراب المعدن من الذهب والورق بغير جنسه، ولا يجوز شراؤه بشيء من جنسه، ومَن اقترض دنانير عددًا ثم قضى وزنًا أو أقرض وزنًا قضى عددًا، فليس به بأس إذا لم يكن ذلك بشرط ولا عادة).

---

(١) «التهذيب» (٣/ ٢٣).

(٢) «المدونة» (١/ ٣٠٥).

(٣) «التهذيب» (٣/ ٤٣).

باب: في بيع العروض والحيوان

فصل: بيع العروض والحيوان:

ولا بأس ببيع العروض والحيوان بعضها ببعض متماثلاً ومتفاضلاً جنسًا واحدًا كانت أو جنسين مختلفين يدًا بيد.

[باب: بيع العروض والحيوان

قوله: (ولا بأس ببيع العروض والحيوان بعضها ببعض متفاضلًا ومتماثلًا جنسًا واحدًا كانت أو جنسين مختلفين يدًا بيد، ولا بأس ببيعهما متفاضلًا إلى أجل إذا كانت جنسين مختلفين)][١].

ما ذكره هو قولها[٢].

وقال ابن حمدون[٣]: يمنع تراب الذهب، محتجًا بأن تراب الفضة حجارة تسيل، والذهب تراب وذهب.

قال شيخنا أبو مهدي - رحمه الله تعالى-: ولا أدري مَن يكون ابن حمدون.

وقال شيخنا - حفظه الله تعالى- : هو مروي، وابن حمدون أندلسي وهو بحر.

قال: فهو أبو عليّ حسن ابن حمدون الجلولي المقري.

قال: أبو زيد عبد الرحمن الدباغ: كان من العلماء المعدودين، عالمًا بوجوه القراءات وعلوم القرآن والنجوم مع ذكاء وعبادة وتهجد بالليل، ولم يُذكر تاريخ وفاته ولا أين دُفن بالقيروان.

وفيها[٤]:منع تراب الصوَّاغين.

واختلف إذا فات تخليصه:

فقيل: يأخذه ربه مجانًا، خَرَّجَه التونسي على قول عبد الملك في تمر قبل بدو

---

(١) سقط من ب.

(٢) «التهذيب» (٣/ ٤٤).

(٣) انظر :«الجامع» (٨/ ٢١٦) .

(٤) «التهذيب» (٣/ ٢٢).

ولا يجوز التفاضل في الجنس الواحد منها إلى أجل ولا بأس ببيعها متفاضلا إلى أجل كانت جنسية مختلفييه.

صلاحه على البقاء فسخ بعد سقيه وعلاجه أن لا أجر له فيها.

وقيل: يبقى لمبتاعه ويغرم قيمته على غرره لو جاز بيعه.

وقيل: يلزم البائع أخذ ما خرج منه ودفع مثل أجرة خلافه وهو المشهور.

وقيل: يخير في أخذه بذلك وتركه مجانًا.

ولو خَلَّصَه فلم يخرج منه شيء.

فقال ابن حبيب: على ربه أجرته.

ابن يونس(١): هذا غلط لا أجرة له، وأما لو قال مبتاعه: ضاع، فإنه يحلف ويغرم قيمته، قاله أبو حفص العطار.

قوله: (ولا يجوز التفاضل في الجنس الواحد منها إلى أجل).

لأنه سلف جرَّ منفعة، وهذا على مذهبنا في اعتبار الذرائع، وأما مَن لم يعتبرها من أهل العلم فيجيزون التفاضل في العروض والحيوان نقدًا أو إلى أجل.

ولا خصوصية لما ذكر الشيخ من التفاضل، وكذلك لا يجوز بيعه بأقل منه إلى أجل كثوبين بثوب من جنسهما؛ لأنه ضمان يجعل بناءً منه على سد الذرائع.

واختلف في سلم الشيء في مساويه:

فمنعه في «كتاب ابن المواز» مطلقًا .

وقال فيها(٢): إن ابتغيت به نفع نفسك يعني المسلم لم يجز، وإن ابتغيت به نفع الذي أسلمته إليه جاز.

فرد الأمر فيه إلى نفع المسلم.

---

(١) «الجامع» (٨/ ٣٢).

(٢) «التهذيب» (٣/ ٢٦).

والاختلاف في الحيوان في سرعته ونجابته وإن اتفقت أجناسه، والاختلاف في العبيد في الصنائع والمنافع وإن اتفقت أجناسهم.

قوله: (والاختلاف في الحيوان في سرعته ونجابته وإن اتفقت أجناسه).

اختلف هل تختلف الخيل بالكبر والصغر؟.

فقيل: إنها تختلف بذلك.

وقال ابن دينار: ولا تختلف الصغار من الكبار في جنس من الأجناس، والمعتبر في الإبل الحمل خاصة فيعتبر التفاضل فيها من هذه الناحية، وليس السبق بمعتبر، قاله المازري وتبعه ابن بشير[١].

وهو خلاف قول اللخمي: الإبل صنف يراد للحمل وصنف يراد للركوب لا للحمل، وكل منهما جيد وحاشي يسلم ما يراد للحمل فيما يراد للركوب، وعكسه اتحد العدد أو اختلف.

وظاهر كلام الباجي[٢]: مثله ذكره في ترجمة ما يجوز من بيع الحيوان بعضه ببعض، وله مثل الأول ذكره في أول ترجمة من البيوع.

قوله: (والاختلاف في العبيد في الصنائع والمنافع وإن اتفقت أجناسهم).

ظاهره: أن الجمال في الجارية لا يعتبر، وهو كذلك عند ابن القاسم وهو أحد الأقوال الثلاثة.

وقيل: باعتباره إن كان فائقًا، قاله أصبغ في نقل عبد الحق.

وظاهر كلام الباجي[٣] **واللخمي عنه**: اعتباره مطلقًا وهو ظاهر رواية ابن وهب.

وظاهره: أن الذكورة والأنوثة غير معتبرة، وهو كذلك عند ابن حبيب.

وقيل: باعتبار ذلك على ظاهر قول مالك فيها في «كتاب العتق الأول».

وظاهر قول الشيخ: «**والمنافع**» أن التجر معتبر، وهو كذلك باتفاق، واختلف في

---

(١) «التنبيه» (٢/ ١٣٢ أ).

(٢) «المنتقى» (٥/ ٢١).

(٣) «المنتقى» (٥/ ٢٤).

....

❁ ❁ ❁

الكتابة فقيل: معتبرة، قاله مالك.

وقيل: لا.

وقيل: بالأول في الذكور وبالثاني في الإناث، قاله ابن القاسم وله مثل الأول.

وظاهره أيضًا: أن الطبخ والخبز تختلف به الجواري، وهو كذلك.

[قال] [(١)] **مالك في «كتاب محمد»**: ولم يجعل فيه الغزل مما يختلف به، وهو خلاف نقل ابن بشير[(٢)] عن المتأخرين: أن الغزل والنسج لغو إلا ما بلغ النهاية.

❁ ❁ ❁

---

(١) في ب: قاله.

(٢) «التنبيه» (٢/ ١٠٧ب).

باب: بيع الآجال والعينة

فصل: في بيع السلم:

ومن أسلم في عرض ثمنًا ملعومًا فلا بأس أن يبيعه من بائعه قبل قبضه بمثل ثمنه أو أقل منه: ولا يجوز أن يبيعه بأكثر من الثمن الذي أسلمه إليه فيه، ولا بأس أن يبيعه من غير بائعه بمثل ثمنه أو أقل منه أو أكثر يدًا بيد، ولا يجوز أن يؤخر ثمنه.

باب: في العينة وبيوع الآجال

قوله: (ومَن أسلم في عرض ثمنًا معلومًا فلا بأس أن يبيعه من بائعه قبل قبضه بمثل ثمنه أو أقل منه، ولا يجوز أن يبيعه منه بأكثر من الثمن الذي أسلمه إليه فيه).

إنما لم يجز أن يبيعه بأكثر؛ لأنه سلف جرَّ منفعة.

قوله: (ولا بأس أن يبيعه من غير بائعه بمثل ثمنه أو أقل منه أو أكثر منه يدًا بيد، ولا يجوز أن يؤخر ثمنه).

يعني: ويشترط حضوره وإقراره، وأما شرط حضوره فليعلم حاله من الملأ والعدم، وأما إقراره فليتم ثبوت ما عليه فإنه [إن جحد](١) وإن كانت عليه بينة فلا بد من اليمين والمنازعة.

وخرج عدم اشتراط إقراره من الخلاف في شراء ما فيه خصومة، وهذا فيمن هو حاضر البلد.

وأما إن كان غائبًا فإن لم تكن عليه بينة فقال مالك: لا يجوز، وظاهر قول أصبغ في «العتبية» جوازه.

وعلى ذلك فهمه ابن رشد وتأوله في موضع آخر على أن الفيبة قريبة، ولو كانت عليه بينة فقولان، ولو كان الذي عليه الدَّين ميتًا فنصَّ مالك في «الموطأ» على منع بيعه، وذكر ابن رشد الإجماع عليه، والغرر فيه ظاهر.

وقال اللخمي: يجوز شراء ما على الميت إذا كان ظاهر اليسار غير معروف بالمداينة.

---

(١) في أ: اتحد.

فصل: في بيع الآجال:

ومن باع سلعة بثمن إلى أجل، فلا يجوز أن يشتريها نقدًا، ولا إلى أجل أدنى من أجلها بأقل من ثمنها الذي باعها به، ولا يجوز أن يشتريها إلى أبعد من أجلها بأكثر من ثمنها، ولا بأس أن يشتريها إلى أبعد من أجلها بمثل ثمنها أو أقل منه.

وقد فرق ابن القاسم في قسم ماله بين الغرماء بين من هو معروف ماله وغيره.

ورده بعض شيوخنا[١] **بثلاثة أوجه:**

أحدها: نقل ابن رشد الإجماع إذ هو ثقة عدل.

الثاني: قياسه على القسم واضح الفساد؛ لأن القسم واجب إجماعًا، والبيع غير واجب إجماعًا.

الثالث: أن القسم: قضاء لعين ما في الذمة لا إنشاء عقد، والبيع: عقد إنشاء.

فصل: في بيوع الآجال:

قوله: (**ومَن باع سلعة بثمن إلى أجل فلا يجوز أن يشتريها نقدًا ولا إلى أجل أدنى من أجلها بأقل من ثمنها الذي باعها به، ولا يجوز أن يشتريها إلى أبعد من أجلها بأكثر من ثمنها، ولا بأس أن يشتريها إلى أبعد من أجلها بمثل ثمنها أو أقل منه**).

قال ابن الحاجب[٢]: بيع الآجال: لقب لما يفسد بعض صوره منها لتطرق التهمة بأنهما قصدا إلى ظاهر جائز ليتوصلا به إلى باطن ممنوع حسمًا للذريعة.

واعترضه ابن عبد السلام: بأنه غير مانع؛ لأنه يدخل تحته كثير من البياعات الممنوعة عند أهل المذهب، وإن لم تكن من بياعات [الآجال][٣] كصرف فضة رديئة من رجل بذهب، ثم يشتري منه بذهب فضة طيبة هي دون الأولى في الوزن، وذلك في مجلس واحد أو في مجلسين متقاربين.

---

(١) «مختصر ابن عرفة» (٨/ ٥٥، ٥٦).

(٢) «جامع الأمهات» (ص/ ٣٥٢).

(٣) في أ: الأجل.

فصل: في بيع العينة:

ولا خير في العينة وهو أن يطلب الرجل من الرجل سلعة ليست عنده فيقول له: اشترها من مالِكَ بعشرة دنانير نقدًا وهي لي باثني عشر إلى أجل، هذا وما أشبهه لا يجوز.

ولا بأس أن يقول: اشترها لي بعشرة ولك ديناران لأن ضمانها من المشتري، ومن باع سلعة بثمن نقدًا، ثم اشتراها بأكثر منه فلا بأس به إلا من أهل العينة.

ومثل ذلك في الأطعمة كثير، وكاقتضاء الطعام من ثمن الطعام المخالف له في القدر أو الجنس أو غير ذلك مما لا يُحصى كثرة، وقد أكثر أهل المذهب الكلام في هذا الباب، وهو من أصعب كتب أصحابنا ولاسيما من ابن الحاجب.

قوله: (ولا خير في العينة، وهي أن يطلب الرجل من الرجل سلعةً ليست عنده فيقول له: اشترها من مالك بعشرة دنانير نقدًا، وهي لي باثني عشر إلى أجل، هذا وما يشبهه لا يجوز).

«لا خير» على التحريم؛ لأنه سلف بزيادة، وتلزم الآمر ويعطى المأمور العشرة معجلًا، ويسقط عنه ما أربا، وهل له أجر في شرائه؟ اختلف فيه مخرج مما يأتي.

ولو قال له: اشتر لي سلعة كذا بعشرة نقدًا، وأنا أشتريها منك باثني عشر نقدًا فإنها جائزة، والمأمور أجير على شرائها بدينارين، قاله محمد.

وهذا إذا كان النقد من عند الآمر أو من عند المأمور بغير شرط.

وأما إن كان من عند المأمور [بشرط][1] فهي إجارة فاسدة؛ لأنها إجارة وسلف.

وللمأمور الأقل من الدينارين أو من إجارة مثله على مذهب ابن القاسم في السلف والبيع، وعلى مذهب ابن حبيب: إذا قبض السلف كان له أجر مثله بالغًا ما بلغ.

وقال ابن المسيب: لا أجر له.

---

(١) في ب: كالشرط.

....

❋ ❋ ❋

قال ابن زرقون: وهو أصح؛ لأنه إن أخذ أجرًا كان ثمنًا للسلف [وتتمة][١] للربا، وأما لو قال: اشتر لي باثني عشر إلى أجل وأنا أشتريها منك بعشرة نقدًا، فهي غير جائزة وتلزم الآمر السلعة باثني عشر إلى أجل، وللمأمور جعل مثله ما بلغ باتفاق، وإليك النظر في بقية الصور.

❋ ❋ ❋

(١) في ب: تتمةٌ.

باب: في بيع المزابنة والملامسة والمنابذة

فصل: في بيع الملامسة :

ولا يجوز بيع الملامسة، وهو أن يلمس الرجل الثوب ولا ينشره، ولا يقف على صفته فيبتاعه كذلك.

فصل: في بيع المنابذة:

ولا يجوز بيع المنابذة، وهو: أن يطرح الرجل إلى الرجل ثوبه ولا يلمسه......

باب بيع الملامسة والمزابنة والمنابذة

قوله: (**ولا يجوز بيع الملامسة، وهو أن يلمس الرجل الثوب ولا ينشره ولا يقف على صفته فيبتاعه كذلك**).

خرَّج مسلم بسنده عن أبي هريرة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ :«**أن رسول الله** ﷺ**: نهى عن الملامسة والمنابذة**»(١)، ويقوم من كلام الشيخ ابتياعه [بليل](٢) أنه لا يجوز، وهو كذلك صرح به فيها(٣) وأخذ أبو محمد صالح بظاهرها: ولو كان الليل مقمرًا، وبه حكمتُ غير ما مرة.

وقال المتيوي: قول أبي محمد(٤): «أو في ليل مظلم» يدل على الجواز في ليل مقمر.

وقال التادلي: الحيوان المأكول اللحم يجوز شراؤه ليلًا؛ لأنه يدرك سمنه بالمس.

قلت: والصواب منعه في الغنم؛ لاختلاف الأغراض في صفة جلده عندنا.

وقدم الشيخ في هذا وما بعده الحكم قبل التصور، وكذلك وقع في الحديث فيما فسره منها، وكان ذكر الحكم يشعر بالتصور في أكثرها.

قوله: (**ولا يجوز بيع المنابذة، وهو: أن يطرح الرجل إلى الرجل ثوبه ولا يلمسه**).

ما ذكره هو خلاف قولها(٥).

---

(١) أخرجه مسلم (١٥١١).

(٢) في ب: في دين .

(٣) «المدونة» (٣/ ٢٥٣).

(٤) «الرسالة» (ص/ ١٠٩).

(٥) «المدونة» (٣/ ٢٥٣).

ولا ينشره، ولا يوصف له فيبتاعه كذلك من غير صفة ولا رؤية، ولا يجوز الساج المدرج في جرابه ولا القبطي في طيه.

وقول الجماعة في تفسيره: بأن يتنابذا ثوبين من غير نظر ولا تراض.

وهكذا جاء في الحديث، والمعنى يشمل الصورتين، ولو كان ذلك بعد النظر والتراضي فإنه جائز، وكذلك مع النظر وحده إذا تنابذاهما؛ لأن نبذ كل واحد منهما ثوبه إلى صاحبه على طريق المعاوضة دليل على رضاه؛ ولأَنَّا لا نشترط الصيغة ولابد.

وَخَرَّجَ مسلم بسنده عن أبي هريرة قال: «**إن رسول الله ﷺ نهى عن بيع الحصاة**»[1].

وأحسن ما قيل: فيه تأويلات منها: أن يبيع من أرضه قدر رمية الحصاة، ولا شك في جهله لاختلاف قوة الرامي.

وقيل: [يعني][2]: أيّ ثوب وقعت عليه حصاتي هو [المبيع][3] وهو مجهول كالأول.

وقيل: معناه: ارم بالحصاة فما خرج كان لي بعدده دنانير أو دراهم، وهذا مجهول أيضًا.

وقيل: [يعني][4] إذا أعجبه الثوب تركه على حصاة، وهذا إذا كان بمعنى الخيار، وجعل ترك الحصاة علمًا على الاختيار لم يمنع.

قوله: (**ولا ينشره ولا يوصف له فيبتاعه كذلك من غير صفة ولا رؤية ولا يجوز الساج المدرج في جرابة ولا القبطي في طية**).

ما ذكره من منع الساج المدرج هو قول مالك فيها[5]، وفي «كتاب محمد»: وقال فيه مرة بالجواز، وحمله اللخمي وغيره على الخلاف، وحكى التادلي قولًا ثالثًا: بالفرق بين

---

(١) أخرجه مسلم (١٥١٣).

(٢) في ب: معنى.

(٣) في أ: البيع.

(٤) في ب: معناه.

(٥) «المدونة» (٣/ ٢٥٣).

فصل: في النهي عن بيع المزابنة:

ولا يجوز بيع المزابنة وهو بيع المعلوم بالمجهول من جنسه، والمنع في ذلك فيما فيه الربا لأجل التفاضل وفيما لا ربا فيه لأجل التخاطر والتقامر وذلك إذا لم يعلم أن أحدهما أكثر من الآخر. فأما إن علم أن أحدهما أكثر من الآخر لا جهالة فيما لا ربا فيه فالبيع جائز.

أن يخرج طرفه فيجوز، وما لا فلا، وما ذكره لا أعرفه، ولا يثبته قول ابن عبد البر[1]: بيع الثوب في طيه دون أن ينظر إليه لا يجوز عند الجميع؛ لأنه في معنى بيع الملامسة، فإن عرف ذرعه طولًا وعرضًا، ونظر إلى شيء منه، واشترى على ذلك جاز، فإن خالف كان له القيمة كالعيب؛ لأنها مسألة أخرى، ولذلك لم يحك فيها خلافًا.

وعرضت هذا على شيخنا أبي مهدي -رحمه الله- تعالى فاستحسنه، وأما بيع البرنامج فيأتي للشيخ بعد.

فصل: في النهي عن بيع المزابنة :

قوله: (ولا يجوز بيع المزابنة، وهو بيع المعلوم بالمجهول من جنسه، والمنع من ذلك فيما فيه الربا لأجل التفاضل، وفيما لا ربا فيه لأجل المخاطرة والتقامر، وذلك إذا لم يعلم أن أحدهما أكثر من الآخر، فأما إذا علم أن أحدهما أكثر من الآخر لا محالة فيما لا ربا فيه فالبيع جائز).

في مسلم: عن ابن عمر قال: «نهى رسول الله ﷺ عن المزابنة»[2].

ودل كلام الشيخ من باب أحرى أنه يمنع بيع المجهول بالمجهول، فكان حق ابن الحاجب[3] والمازري أن لا يزيداه في حدهما في قولهما، وهو : بيع معلوم بمجهول أو مجهول بمجهول من جنسه، ويقوم من كلام الشيخ أنه لا يجوز كراء الملاحة بالملح؛ لأنه من المزابنة وهو كذلك.

---

(١) «الاستذكار» (٦/ ٤٦١).

(٢) أخرجه مسلم (١٥٤٢).

(٣) «جامع الأمهات» (ص/ ٣٤٧).

....

❁ ❁ ❁

وجاءت رواية في [المذهب في][1] «العتبية»[2] بجوازه، وأخذ بها ابن العطار.

ويقوم منه أيضًا أنه لا تباع الأجباح إذا كان فيها عسل بعسل.

وقول الشيخ: «**فيما لا ربا فيه**» يدخل فيه مثل التراب والمطعوم الذي لا ربا فيه، لكن وقع في المذهب اختلاف في جواز بيع الرطب باليابس إذا كانا غير ربويين على ثلاثة أقوال:

أحدها: أن ذلك غير ممنوع، وهو دليل ما في سماع عيسى وسماع أصبغ.

والثاني: يجوز بشرط تحري المساواة، وهو أيضًا في سماع عيسى.

والثالث: التفصيل على الوجه الذي ذكر الشيخ وهو الصحيح، وذهب فضل إلى رد القولين الأولين إلى الثالث.



(١) سقط من أ.

(٢) انظر: «البيان» (٨/ ٥٠٢).

باب: بيع الغرر وبيعتين في بيعة

فصل: في بيع الغرر:

ولا يجوز بيع الغرر، من ذلك بيع الآبق، والضال، والطير في الهواء، والسمك في الماء، وبيع الثمار قبل بدو صلاحها على البقاء، وبيع الأجنة في بطون أمهاتها، هذا وما أشبهه من الغرر، فلا يجوز.

باب: بيع الغرر وبيعتين في بيعة

قوله: (**قال: ولا يجوز بيع الغرر، ممن ذلك بيع الآبق، والضالة، والطير في الهواء، والسمك في الماء، وبيع الثمار قبل بدو صلاحها على البقاء، وبيع الأجنة في بطون أمهاتها، هذا وما أشبهه من الغرر**).

رواه مسلم بسنده عن أبي هريرة قال: «**نهى رسول الله ﷺ عن بيع الحصاة وعن بيع الغرر**»[(١)].

وفي «**الموطأ**»[(٢)] من مراسيل ابن المسيب: «أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع الغرر».

ويريد الشيخ: ما كان غرره كثيرًا كما مثل به مع قوله: «هذا وما أشبهه»، وأما ما كان غرره يسيرًا فإنه جائز كإجارة الدار مشاهرةً مع كون الشهر ناقصًا وكاملًا، وكدخول الحمام، وكالشرب من السقاء مع اختلاف الناس في الاستعمال والشرب، واختلف فيما توسطه من الغرر كبيع الفرس بشرط الحمل على أربعة أقوال:

فقيل: لا يجوز؛ لأنه أخذ لجنينها ثمنًا، قاله في آخر مسألة من بيوعها الفاسدة[(٣)].

وقيل: جائز، قاله أشهب.

وقيل: إن كانت ظاهرة الحمل فالثاني وإلا فالأول، قاله سحنون.

وقيل: إن قصد البراءة منه صح وإلا فلا.

ابن زرقون: إنما يجوز في الرمكة عند مَن أجازه إذا قال: هي حامل قولًا مطلقًا، ولو

---

(١) أخرجه مسلم (١٥١٣).

(٢) «الموطأ» (٢٤٥١).

(٣) «التهذيب» (٣/ ١٧١).

فصل: في البيعتين في بيعة:

ولا يجوز بيعتان في بيعة واحدة، وذلك أن يبيع مثمنًا واحدًا بأحد ثمنين مختلفين، أو يبيع أحد مثمنين مختلفين بثمن واحد، ولا بأس ببيع أحد مثمنين متفقين بثمن واحد،..............................

قال: «من فرس أو حمار» لفسد البيع؛ لاحتمال أن يكون انبعث عليها غير الذي سماه.

وقاله ابن رشد[١] في رسم البيع والصرف من سماع أصبغ من «**جامع البيوع**».

واختار بعض شيوخنا الجواز لحفظه عليها من غيره.

قوله: (**ولا يجوز بيعتان في بيعة واحدة، وذلك أن يبيع مثمنًا واحدًا [بأحد ثمنين]**[٢] **مختلفين، أو يبيع أحد مثمنين مختلفين بثمن واحد**).

خَرَّجَ الترمذي عن أبي هريرة قال: «نهى رسول الله ﷺ عن بيعتين في بيعة»[٣] وقال: حديث صحيح.

وفي «موطأ مالك»[٤]: أنه بلغه: «أن رسول الله ﷺ نهى عن مثله».

أبو عمر[٥]، هذا حديث من طرق صحاح تلقاها أهل العلم بالقبول.

ويريد: إذا كان على اللزوم للمتابيعين أو لأحدهما.

واختلف إذا قال البائع للمشتري: خذ هذا الثوب بدينار إن شئت، أو هذه الشاة بدينار، ولم يزد على ذلك على قولين لمالك بناءً على أنه التزام بيع وهو الأقرب أم لا.

ويريد الشيخ في الأول إذا كان الناظر يتردد بما يأخذه من الثمنين كما لو قال: بعشرة نقدًا أو بعشرين إلى أجل، ولو عكس لجاز؛ لأن كل عاقل لا يختار لنفسه إلا ما هو أيسر عليه، وهو أقل الثمنين هنا.

قوله: (**ولا بأس ببيع أحد مثمنين متفقين بثمن واحد**).

---

(١) «البيان» (٧/ ٤٤٧).

(٢) في ب: بثمنين.

(٣) «سنن الترمذي» (١٢٣١).

(٤) «الموطأ» (٢٤٤٤).

(٥) «الاستذكار» (٦/ ٤٤٨).

ولا يجوز أن يبيع عارضًا بدينار نقدًا أو باثنين إلى أجل، وإن فات رد قيمته.

ولو قال: هذا الثوب بدينار نقدًا أو باثنين إلى أجل قد وجب أحد الثمنين، لم يجز، فإن كانا جميعًا بالخيار في الأخذ والترك جاز.

❋ ❋ ❋

يريد: كثوب يختاره من ثوبين فأكثر.

وظاهر كلامه: لا فرق بين أن يكون المثمنان متفقي القيمة أو مختلفيها ولو اختلفت الصفة، وفي المسألة ثلاثة أقوال:

فمذهبها: الجواز ولو اختلفت القيمة.

وقال ابن المواز: يجوز ولو اختلفت رقومها وصفاتها ما لم تتباين تباينًا يجوز معه سلم أحدهما في الآخر.

وقال ابن حبيب: لا يجوز حتى تكون متساوية غير مختلفي القيمة.

ويريد الشيخ: ما لم يكن البيع طعامًا، فإن كان فإنه لا يجوز كما إذا اشترى ثمرة نخلة يختارها من نخلات بناء على أن مَن خُيِّر بين شيئين يُعد متنقلًا.

واختار اللخمي جوازه، ويحال المشتري في ذلك على دينه، ويُؤمر بأنه إذا اختار شيئًا فلا ينتقل عنه.

❋ ❋ ❋

باب: في السوم والنجش في البيع

فصل: في النهي عن بيع الرجل على بيع أخيه:

ولا يجوز أن يبيع الرجل على بيع أخيه، وذلك أن يقف رجل سلعة للبيع فيخاطبه رجل على شرائها منه فيركن إلى مبايعته، فيأتي رجل آخر فيعرض عليه سلعة مثل تلك السلعة بأدنى من ثمنها ليفسد على البائع ما شرع فيه من البيع.

فصل في النهي عن سوم الرجل على سوم أخيه:

ولا يجوز أن يسوم الرجل على سوم أخيه، وذلك أن يدفع الرجل في السلعة

باب: في السوم والنجش في البيع

قوله: (ولا يجوز أن يبيع الرجل على بيع أخيه، وذلك أن يقف الرجل سلعته للبيع فيخاطبه رجل على شرائها منه ويركن إلى مبايعته، فيأتي رجل آخر فيعرض عليه سلعته مثل تلك السلعة بأدنى من ثمنها ليفسد على البائع ما شرع فيه من البيع).

ما ذكره دليله ما خَرَّجَه ابن ماجه عن أبي هريرة عن رسول الله ﷺ قال: «**لا يبيع الرجل على بيع أخيه، ولا يسوم على سوم أخيه**»[1].

فحمله عياض على ظاهره كالشيخ، وركن إليه الباجي بقوله[2]: يحتمل حمله على ظاهره، فيمنع البائع أيضًا أن يبيع على بيع أخيه كالمشتري.

وقال ابن حبيب: إنما النهي للمشتري لا للبائع.

فتحصل فيما ذكره الشيخ قولان: المنع والجواز.

والصواب: الأول، ويؤدب عندي فاعله.

وكذلك لو أشار للمشتري بأنه يشتري من عنده أو يعرض له بكلام ليفسد به على البائع.

قوله: (ولا يجوز أن يسوم الرجل على سوم أخيه، وذلك أن يدفع الرجل في السلعة

---

(١) أخرجه البخاري (٢١٣٩).

(٢) «المنتقى» (٥/ ١٠٠).

ثمنًا ويركن البائع إلى إعطائه، فيأتي رجل آخر فيزيد للبائع في ثمنها ليفسد بذلك على مشتريها.

فصل: في النهي عن النجش في البيوع:

ولا يجوز النجش في البيوع، وهو أن يبذل الرجل في السلعة ثمنًا ليغري بذلك غيره، ولا رغبة له في شرائها.

ثمنًا ويركن البائع إلى إعطائه فيأتي رجل آخر فيزيد البائع في ثمنها ليفسد بذلك على مشتريها).

ركونة البائع يعرف بالتبري من العيوب ووزن الذهب [شبهها][(١)].

واختلف إذا سام واشترى:

فقيل: يفسخ، قاله ابن القاسم، وبه حكمت غير ما مرة.

وقيل: لا، ويستغفر الله، وكلاهما لمالك.

وسمع سحنون ابن القاسم: يؤدب فاعله.

فأطلقه ابن رشد[(٢)].

وقال الباجي[(٣)]: لعله يريد: في حق من تكرر ذلك منه بعد الزجر،والمذهب قصره على بيع المساومة لا على بيع المزايدة.

قوله: (ولا يجوز النجش في البيع وهو أن يبذل الرجل في السلعة ثمنًا ليغري بذلك غيره، ولا رغبة له في شرائها).

في «**الموطأ**»[(٤)] :عن نافع عن ابن عمر «أن رسول الله ﷺ نهى عن النجش».

قال مالك[(٥)]: والنجش: أن تعطيه في السلعة أكثر من ثمنها وليس في نفسك

---

(١) في أ: ثبههما .

(٢) «المقدمات» (٢/ ٢١).

(٣) «المنتقى» (٥/ ١٠٠).

(٤) «الموطأ» (٢٥٢١).

(٥) «الموطأ» (٤/ ٩٨٧).

ولا ينبغي أن يقر الغش في شيء من أسواق المسلمين بوجه من الوجوه، ولا يسمح فيه لأحد.

❁ ❁ ❁

شراؤها فيقتدي بك غيرك.

وقال المازري[١] وغيره كالشيخ: الناجش: الذي يزيد في سلعته ليقتدي به غيره، وهو أعم من الأول لدخوله فيه [إعطاؤه][٢] مثل ثمنها أو أقل، وخروجه على قول مالك.

ولما ذكر ابن العربي في «العارضة» [٣] مثل ما قال المازري.

قال: والذي عندي إن بَلَّغَهَا الناجش قيمتها ورفع الغبن عن صاحبها فهو مأجور.

وكان بعض من كان مشهورًا بالصلاح والخير ومعرفة الصالحين بتونس إذا حضر سوق الكتب يستفتح للدلالين في الكتب بما يبنون عليه الدلالة ولا غرض له في شرائها، وهو جائز على ظاهر تفسير مالك واختيار ابن العربي لا على ظاهر تفسير المازري.

فتحصل في المسألة ثلاثة أقوال:

فقيل: تمنع زيادة من لا يريد شراءها مطلقًا، قاله الأكثر.

وقيل: يجوز إن لم يزد على قيمتها، قاله مالك.

يستحب هذا، قاله ابن العربي.

❁ ❁ ❁

(١) «شرح التلقين» (٢/ ١٠٣٣).

(٢) في أ: أعطاه.

(٣) «العارضة» (٥/ ٤٢).

باب: في تلقي السلع وبيع الحاضر للبادي

فصل: في تلقي السلع:

ولا يجوز تلقي السلع قبل أن ترد الأسواق وتبلغها، وذلك أن يعمد أهل القوة إلى السلع فيستقبلونها ويشترونها، فيتحصل لهم دون غيرهم ممن لا قوة لهم على مشاركتهم.

باب: في تلقي السلع وبيع الحاضر للبادي

قوله :(ولا يجوز تلقي السلع قبل أن [ترد إلى الأسواق][١]، وذلك أن يعمد أهل القوة إلى السلع فيستقبلونها ويشترونها فتحصل لهم دون غيرهم ممن لا قدرة لهم على مشاركتهم).

في الحديث الصحيح نهيه عليه الصلاة السلام عن ذلك[٢]، والمشهور أنه لحق أهل الأسواق.

واختار ابن العربي أنه لحقهم وحق الجالب.

وما ذكر الشيخ من عدم جوازه هو ظاهر كلام الأكثر.

وقال ابن الجهم: إنه مكروه وليس بمحرم.

والعمل على الأول، وأَدَّبَ بعض أصحابنا فاعله.

وظاهر كلام الشيخ: أنه إذا قصد التلقي أنه لا فرق بين القرب والبعد، وهو ظاهر ما رواه الأكثر.

وقيل: يمنع في مسيرة [اليومين][٣]، ويجوز فيما زاد.

وقيل: يمنع في الميل فقط .

وقيل: يمنع في الفرسخين والثلاثة لمالك، ذكرها ابن العربي في عارضته .

[**وقيل**:][٤] والمعروف منها هو الأول لرواية ابن حبيب وابن المواز.

---

(١) في ب: تبلغ الأسواق وترها .

(٢) أخرجه البخاري (٢١٦٢)، ومسلم (١٥٢٠).

(٣) في أ: اليمين .

(٤) سقط من ب.

فمن فعل شيئا من ذلك خُيّر غيره من أهل السوق في مشاركته فيما اشتراه أو في تركه.

فصل: في بيع الحاضر للبادي:

ويكره أن يبيع حاضر لباد.

وقوة كلام الشيخ تقتضي: جواز الخروج لشراء التجر من غلل حوائط القرية، وهو كذلك، قاله أشهب.

وقيل: بمنعه وكلاهما لمالك.

وأما من أرسى بالساحل من السفن فلا بأس أن يشترى منهم الطعام وغيره، فيبيعه إلا أن يقصد الضرر؛ لأن ذلك هو منتهى سفر المسافر.

قوله: (فمن فعل شيئًا من ذلك خُيّر غيره من أهل الأسواق في مشاركته فيما اشتراه أو في تركه).

يعني بأهل السوق؛ أي: بسوق السلعة.

وما ذكره هو تحصيل مذهب مالك، قاله ابن عبد البر(١).

وقال محمد عن ابن القاسم: يشترك فيه من شاء من التجار وغيرهم وهو كأحدهم.

وقيل: يمضي لمشتريه بالثمن ولا يفسخ وينهى، فإن عاد أدّب.

قال المازري: وهو المشهور.

وقيل: لا بد من فسخه، وهذا والذي قبله لمالك.

قوله: (ويكره أن يبيع حاضر لباد).

خَرَّجَ مسلم(٢) بسنده عن أبي هريرة يبلغ به النبي ﷺ قال: «**لا يبع حاضر لباد**».

وَحُمِلَ على التحريم، وهو الذي أراد الشيخ بالكراهة.

[واختلف في فسخه إذا وقع ويؤدب فاعله.

---

(١) «الاستذكار» (٦/ ٥٣٠).

(٢) أخرجه مسلم (١٥٢٠).

والحاضرون أهل القرى، والبادون أهل البادية، فلا يباع لهم ولا يشار عليهم، ....

وقيل: يزجر ولا يؤدب.

وإن كان عالمًا بمكروهه، أي: بتحريمه][1].

وقيل: يؤدب إن اعتاده.

قوله:(والحاضرون: أهل القرى، والبادون: أهل البادية).

يعني: أن البادي هم أهل العمود، وهي رواية ابن قرة في عزو ابن عبد البر[2] وابن رشد[3]، وعزاه أبو محمد[4] والباجي[5] لرواية محمد، وعزاه ابن الحاجب[6] للموطأ ونحوه للمازري[7].

قال ابن عبد السلام: وما ذكره وهم ليس فيه محال.

وقيل: أهل القرى كالعمود.

وقيل: لا يجوز لحاضر أن يبيع [لجالب][8]، وإن كان من أهل الدور والحواضر، وكلاهما لمالك.

واختلف إذا بعث البادي إلى الحضري بمبتاع:

فقيل: يبيعه له، قاله الأبهري.

وقيل: لا، قاله مالك وابن حبيب.

قوله: (فلا يباع لهم ولا يشار عليهم).

---

(١) سقط من ب.

(٢) «الاستذكار» (٦/ ٥٢٩).

(٣) «البيان» (٩/ ٣٠٩).

(٤) «النوادر» (٩/ ٤٤٨).

(٥) «المنتقى» (٥/ ١٠٣).

(٦) «جامع الأمهات» (ص/ ٣٥٠).

(٧) «شرح التلقين» (٢/ ١٠١٨).

(٨) في أ: بحاله .

ولا بأس بالشراء لهم.

❃ ❃ ❃

ما ذكر من قوله: «ولا يباع لهم» حشو؛ لأنه هو الأول وزاد مالك بعد قوله: «ولا يشار عليهم، ولا يخبر بالسعر.

ورأى الشيخ أن النهي عن الإشارة يستلزم ذلك.

قوله: (**ولا بأس بالشراء لهم**).

ما ذكره هو أحد القولين.

وقيل: لا يجوز، وكلاهما لمالك.

وجه الأول: بأن الحديث إنما جاء في البيع له.

ووجه الثاني: لقوله ﷺ: «**دع الناس يرزق الله بعضهم من بعض**»[1].

❃ ❃ ❃

(١) أخرجه مسلم (١٥٢٢) من حديث جابر رضي الله عنه.

باب: في التسعير وبيع الاحتكار

فصل: في التسعير على أهل السوق:

ولا يجوز التسعير على أهل السوق، ومن حط سعرًا أمر بإلحاقه بسعر أهل السوق. فإن أبى أخرج منها.

باب: في التسعير وبيع الاحتكار

قوله: (ولا يجوز التسعير على أهل الأسواق).

يعني: يتركهم يبيعون باختيارهم، وما ذكره هو قول ابن القاسم.

وقيل: يسعر عليهم، قاله ابن حبيب، وكلاهما لمالك، وظاهر نقل ابن رشد[١] في نقله **القول الثاني:** وجوبه، وهو خلاف لفظ ابن حبيب في «النوادر»[٢]، ونصه: لا يكون التسعير عند من أجازه إلا عن رضا، ومن أكره الناس عليه فقد أخطأ.

فتحصل في المسألة ثلاثة أقوال، والعمل على الثاني.

فالتسعير: تحديد حاكم السوق [للمبيع][٣] المأكول فيه قدرًا للجميع بدرهم معلوم، ولذلك كان الجالب لا يسعر عليه باتفاق.

قوله: (ومن حط سعرًا أمر بإلحاقه بسعر السوق، فإن أبى أخرج منها).

يعني: إذا نقص كما إذا كان الناس يبيعون ثلاثة أرطال بدرهم فباع هو رطلين بدرهم، وأما العكس كما إذا باع ثلاثة أرطال بدرهم، والناس يبيعون رطلين فإنه جائز، إذ لا يلام أحد على المسامحة في البيع، وهذا اختيار ابن رشد[٤].

وغلط أحمد بن نصر الداودي وغيره بعدم جوازه؛ لأنه ضرر بأهل السوق.

وظاهر كلام الشيخ: ولو كان الحاط جالبًا، وهو كذلك، قاله مالك.

قال سحنون: والمراد مما هو في جودة سلعته، وليس عليه أن يبيع الجيد بسعر الرديء.

---

(١) «البيان» (٩/ ٣٥٥).

(٢) «النوادر» (٦/ ٤٥١).

(٣) في ب: المبيع .

(٤) «مسائل ابن رشد» (١/ ٤٠٧).

فصل: في الاحتكار:

ولا يجوز احتكار ما يضر بالمسلمين في أسواقهم من الطعام وغيره، من جلب طعاماً أو غيره إلى بلد خلي بينه وبين حكرته وبيعه.

فصل: في إخراج الطعام في الغلاء، وإخراجه من بلد إلى غيره:

ولا يجبر الناس على إخراج الطعام في الغلاء وقد قيل: إنهم يجبرون على إخراجه، ولا يخرج الطعام من سوق بلد إلى غيره إذاكان ذلك يضر بهم، وإن لم يضر بهم فلا بأس أن يشتريه من يحتاج إليه.

قوله: (ولا يجوز احتكار ما يضر بالمسلمين في أسواقهم من الطعام وغيره).

ما ذكره هو نصها[1] في «كتاب التجارة بأرض الحرب».

ابن رشد: اتفاقًا، فلو وقع فإنه يشرك فيه أهل السوق بما اشتراه به، وإن لم يعلم ثمنه بسعره يوم الشراء، قاله مالك.

وظاهر كلام الشيخ: أن ما لا يضر جائز، وهو كذلك، قاله فيها، وهو أحد الأقوال الأربعة.

وقيل: لا يجوز.

وقيل: يجوز فيما عدا القمح والشعير.

وقيل: يجوز في الإدام والفواكه فقط.

قال اللخمي: والأول أحسن، ولولا الذين يحتكرون ما وجد أحد طعامًا في غلاء، ولو قيل: إنه مستحسن، لم أعبه.

ولابن العربي في «عارضته»[2]: إن كثر الجالب، وكان إن لم يشتر منه رُدّ الطعام كانت الحُكْرَةُ مستحبة.

قوله: (ومن جلب طعامًا أو غيره إلى بلد خلي بينه وبين حكرته وبيعه).

ما ذكره متفق عليه.

وظاهره: سواء جلبه بشراء من خارج أو من زراعته، وهو كذلك.

---

(١) «المدونة» (٣/ ٣١٣).

(٢) «العارضة» (٦/ ٢٣).

باب: في العربان والبيع والسلف

فصل: في العربان:

ولا يجوز بيع العربان، وهو أن يشتري الرجل السلعة بثمن ويقدم بعضه على أنه إن اختار تمام البيع، نقد تمام الثمن، وإن كره البيع رده ولم يرجع على البائع بما نقده من الثمن، والكراء والبيع في ذلك سواء.

فصل: في النهي عن البيع والسلف:

ولا يجوز البيع والسلف، فمن فعل ذلك وترك الشرط ما لم يقبض السلف فالبيع جائز، وإن قبض السلف فسخ البيع ورد السلعة إلى القيمة يوم الفوت لا

باب: في العربان والبيع والسلف

قوله : (قال: ولا يجوز بيع العربان وهو: أن يشتري الرجل السلعة بثمن ويقدم بعضه على أنه إن اختار تمام البيع نقد تمام الثمن، وإن كره البيع ردّه ولم يرجع على البائع بما نقده من الثمن، والكراء والبيع في ذلك سواء.

ولا يجوز البيع والسلف، فمن فعل ذلك وترك الشرط ما لم يقبض السلف فالبيع جائز، وإن قبض السلف فسخ البيع وردّت السلعة إلى القيمة).

روى عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده أنه قال: «**نهى رسول الله ﷺ عن بيع العربان**»[١].

والحديث خرجه مالك في «موطئه»، وأبو داود في سننه.

وما ذكره الشيخ من تصويره به فسره مالك.

قال أبو عمر[٢]: وما فسره عليه فقهاء الأمصار؛ لأنه غرر، وأكل مال بالباطل.

وظاهر كلام الشيخ: لو دخلا على أنه إن لم يرضه أخذ عربانه جائز، وهو كذلك، قاله مالك.

---

(١) أخرجه مالك (٢٢٥٧)، وأبو داود (٣٥٠٢)، وابن ماجه (٢١٩٢)، وأحمد (٦٧٢٣).
ضَعَّفه جماهير المحدثين .

(٢) «الاستذكار» (٦/ ٢٦٤).

يوم القبض، ولا يوم الحكم، والبيع والكراء كذلك.

❁ ❁ ❁

ويعني كما قال ابن حبيب: إن ما يدفعه يكون مختومًا عليه إن كان لا يعرف بعينه.

قلت: أو يكون عند أمين.

❁ ❁ ❁

باب: بيع الديون

فصل: في بيع الدين:

ولا يجوز بيع الدين بالدين، وهو أن يعقد بينه وبين الرجل سلمًا في عشرة أثواب موصوفة في ذمته إلى أجل بعشرة دنانير في ذمة المبتاع إليه، وسواء اتفق الأجلان أو اختلفا، ومن كان له دين على رجل فلا يجوز أن يفسخه في شيء يتأخر قبضه مثل ثمرة يجنيها، أو دار يسكنها أو دابة يركبها أو ما أشبه ذلك، وجوز ذلك أشهب بن عبد العزيز، ومحمد بن مسلمة.

باب: بيع الديون

قوله:(ولا يجوز بيع الدين بالدين وهو: أن يعقد الرجل بينه وبين الرجل سلمًا في عشرة أثواب موصوفة في ذمته إلى أجل بعشرة دنانير في ذمة المبتاع إلى أجل، وسواء اتفق الأجلان أو اختلفا).

هذا الذي يسمونه ابتداء الدَّيْن بالدَّيْن؛ وهو [ملزوم](١) لتعدد الذمة، وأجمع أهل العلم على تحريمه، وما تقدم فيه تقرر الدَّيْن يسمى: فسخ دَيْنٍ في دَيْن.

قوله: (ومن كان له دين على رجل فلا يجوز أن يفسخه في شيء يتأخر قبضه، مثل: ثمرة يجنيها، أو دار يسكنها، أو دابة يركبها، أو ما أشبه ذلك، وجوز ذلك أشهب ومحمد بن مسلمة) .

يريد: إذا باعه بما ذكر ممن عليه الدَّيْن ولو كان ذلك من أجنبي لجاز .

ويريد أيضًا: إذا كانت الدار [معينة](٢) والدابة كذلك، هذا هو محل الخلاف.

وأما إذا كانت مضمونة عليه فلا خلاف في المنع، والقول الأول هو قول ابن القاسم فيها في «كتاب الآجال»(٣)، وقول أشهب هو الذي صححه المتأخرون.

ويعني الشيخ بقوله: «**أو ما أشبه ذلك**»: بيعه بدار غائبة أو بأمة تتواضع.

---

(١) في أ: لزوم .

(٢) في أ: هينة .

(٣) «المدونة» (٣/ ١٢٦).

فصل: فيما لا يجوز في الدين إلى أجل وما يجوز:

ومن كـان له على رجل دين إلى أجل فلا يجـوز له أن يضع عنه قبل الأجل بعضه ويتعجل بعضه، ولا يجوز أن يأخذ منه قبل الأجل بعضه عينًا وبعضه عرضًا.

إلا أن الدار الغائبة [أطبق][(١)] الشيوخ على استشكال قولها[(٢)]: «إنها كالمقبوضة» [ينفذ][(٣)] العقد على ما هو معلوم في بيع الغائب.

وقال غير واحد: إنما منع ذلك لأنه بيعت على المزارعة فصار فيها حق توفية، والضمان فيها من البائع كضمان المكيل والموزون.

ولو بيعت على غير ذلك لجاز.

قوله: (ومن كـان له دين على رجل إلى أجل فلا يجـوز أن يضع عنه قبل الأجل بعضه، ويتعجل بعضه، ولا يجوز أن يأخذ منه قبل الأجل بعضه عينًا وبعضه عرضًا).

زاد فيها[(٤)]: لأنه ضع وتعجل، وهذا هو المشهور.

ونقل اللخمي في «إرخاء الستور» عن ابن القاسم: جوازه.

ونقل بعض الطلبة في درس بعض شيوخه بتونس في «كتاب الآجال» منها قول ابن القاسم هذا فأنكر عليه.

فقال: اللخمي حكاه عنه، فلما انفصل المجلس نظر أهله كلام اللخمي في «بيوع الآجال» حيث ذكرها فيها فلم يجدوا ما ذكره عنه، فلما كان من الغد قالوا له: ما ذكرت عن اللخمي غير صحيح إذ لم يذكره في محله، فانفصل الطالب عنهم في غم شديد فلما نام من الليل رأى في منامه الشيخ أبا الحسن فقال: يا سيدي نقلت عنك

---

(١) في ب: أطلق.

(٢) «التهذيب» (٤/ ٣٠).

(٣) في ب: بنفس.

(٤) «التهذيب» (٣/ ٥٣).

ولا يجوز أن يتعجل قبل الأجل بعضه ويؤخر بعضه إلى أجل آخر.

فصل: ما يجوز في الدين إلى أجل:

ولا بأس إذا حلّ الأجل أن يأخذ منه بعضه ويسقط بعضه، أو يؤخره إلى أجل آخر.

❁ ❁ ❁

وذكر له القصة، وكون الطلبة نظروا كتابه «في بيوع الآجال» ولم يجدوا فيه ذلك النقل، فقال له: ذكرته في فصل الخلع، فانتبه الطالب فرحًا فقام في ليله ونظر الكتاب فوجده كما قال، فلما أصبح ذكر ذلك لأهل المجلس، واشتهرت قصته، وتفضل الله عليه برؤيته المذكورة.

قوله: (ولا يجوز أن يتعجل قبل الأجل بعضه ويؤخر بعضه إلى أجل آخر).

لأنه سلف جر منفعة.

قوله:(ولا بأس إذا حل الأجل أن يأخذ منه بعضه ويسقط بعضه أو يؤخره إلى أجل آخر).

لأنك فعلت معه معروفًا.

قال فيها[1]: وأما من له دَيْن إلى أجل فلما حَلَّ الأجل أخذ ببعضه سلعة على أن أخره ببقية الثمن لم يجز؛ لأنه بيع وسلف، وإن أخذ ببعض الثمن سلعة وأرجأ عليه بقيته حالًا جاز ذلك.

❁ ❁ ❁

---

(١) «المدونة» (٣/ ١٧٠).

باب: بيع الصفات والبرامج

فصل: في البيع على الصفة:

ولا بأس ببيع الأعيان الغائبة على الصفة، فإن وافقت الصفة لزم البيع فيها ولم يكن للمشتري خيار الرؤية، وإن خالفت الصفة فالمشتري بالخيار في إجازة البيع أو رده.

باب: بيع الصفات والبرامج

قوله: (قال: ولا بأس ببيع الأعيان الغائبة على الصفة فإن وافقت الصفة لزم البيع فيها).

يعني: ويصف كل ما تختلف الأعراض فيه، لأنه المعتبر في السلم المقيس هذا عليه.

وظاهر كلام الشيخ: لو لم تقع صفة أنه لا يجوز، ولو كان انعقد البيع على أن الخيار للمشتري، وهو كذلك عند البغداديين لجهله حين العقد، ونص «غررها»[1]، وظاهر «سلمها»[2].

الثالث: جوازه بشرط ألَّا ينعقد، وأنكره من ذكر حتى زعم بعضهم أن ما فيها من بقايا أسئلة أسد بن الفرات لمحمد بن الحسن، وجهل لسماع سحنون أسئلتها من ابن القاسم، وثبوت ذلك في غيرها.

ويريد ما لم تتفاحش غيبته جدًا، قاله ابن حبيب، ونقله المازري كأنه المذهب غير معزو، ولم يحده بتعيين مسافة.

وقال ابن شاس[3]: كإفريقية من خراسان.

قوله: (فإن وافقت الصفة لزم البيع فيها ولم يكن للمشتري خيار الرؤية، وإن خالفت الصفة فالمشتري بالخيار في إجازة البيع ورده).

---

(١) «التهذيب» (٣/ ٢٢٨).

(٢) «التهذيب» (٣/ ٥٩).

(٣) «عقد الجواهر» (٢/ ٦٢٥).

وإن تلفت السلعة المبيعة على الصفة بعد العقد، وقبل القبض ففيها **روايتان:**

إحداهما: أنها من البائع إلا أن يشترط ضمانها على المبتاع.

والأخرى: أنها على المبتاع إلا أن يشترط أن ضمانها قبل القبض من بائعها وخيار المجلس باطل، والعقد بالقول لازم، وإن كانت السلعة المبيعة على الصفة مأمونة فلا بأس بنقد ثمنها، وإن كانت غير مأمونة فلا ينقد ثمنها قبل قبضها.

فصل: في بيع البرنامج:

ولا بأس ببيع البرنامج إذا كانت فيه الصفات التي تكون في السلعة، فإن وجد المشتري ما اشتراه على صفته لزمه بيعه ولم يكن له خيار عند رؤيته، وإن خالف صفته فهو بالخيار في قبوله ورده.

تكلم رحمه الله تعالى على الوجهين الواضحين وسكت عن الوجه المشكل، وهو: إذا قال البائع: صفة المبيع الآن هي التي وقع التعاقد عليها، والمشتري ينكر أو العكس، والقول في ذلك قول المشتري، والحكم في الرؤية المتقدمة إذا تنازعا في بقائها وانتقالها هو قول المشتري عند أشهب.

وقال ابن القاسم: القول قول البائع.

فعلى قول أشهب فلا سؤال، وعلى قول ابن القاسم فرّق بأن مسألة الرؤية حصل العقد في وقت ما منبرمًا، فمن أراد - حله وهو المشتري- فهو مدع، وفي مسألتنا لم يقع بينهما فيه انبرام في زمن وإنما هو منعقد بتقرير كون المبيع على تلك الصفة وهو غير متحقق.

قوله: **(فإن تلفت السلعة المبيعة على الصفة بعد العقد وقبل القبض ففيها روايتان:**

إحداهما: أنها من البائع إلا أن يشترط ضمانها على المبتاع.

والرواية الأخرى: **أنها من المبتاع إلا أن يشترط ضمانها قبل القبض من بائعها، وإذا كانت السلعة المبيعة على الصفة مأمونة فلا بأس أن ينقد ثمنها، فإن كانت غير مأمونة فلا ينقد ثمنها قبل قبضها).**

....

❁ ❁ ❁

زاد فيها[١]: وإلى الرواية الأولى رجع.

وتخصيص المسألة بالسلع يقتضي أن الدُّور والأرضين والعقار لم يختلف [قوله][٢] أنها من المبتاع، وهو كذلك على ما صَرَّحَ به فيها، وليس كذلك لنقل ابن يونس[٣] عن محمد عن مالك: أن الدور من البائع.

وتحصل في المسألة ستة أقوال:

هذه ثلاثة ثالثها: العقار من المشتري وإن اشترطه على البائع.

والرابع: ضمان الغائب من البائع وإن اشترطه على المشتري.

والخامس: عكسه، وكلاهما حكاه ابن الحاجب.

قال ابن عبد السلام: ولا أعرفها لغيره، وهو قصور بل الأول، نقله اللخمي.

والسادس: يلحق بالرابع ما جاز شرط نقده لقربه، قاله ابن حبيب.

وإذا قلنا: بأن الربع ضمانه من المشتري فهل الحكم سواء بيعت مذارعة أوغير مذارعة أو إنما الكلام إذا بيعت غير مذارعة، وأما إذا بيعت مذارعة فضمانها من البائع قولان.

وسبب الخلاف: هل الذرع مجرد صفة أو حق توفية.

❁ ❁ ❁

(١) «المدونة» (٤/ ٢٨٥).

(٢) في أ: قولها .

(٣) «الجامع» (٥/ ١٩٧) .

باب: بيع الخيار

فصل: بيع الخيار:

وعقد البيع بالقول لازم، وخيار المجلس باطل، ولا بأس بالبيع بالخيار للبائع والمبتاع أو لهما جميعًا، وأيهما اشترط لنفسه انتظر خياره.

باب: بيع الخيار

قوله: (وخيار المجلس باطل بالعقد، وبالقول لازم).

ما ذكر من أن خيار المجلس [باطل][1] هو المشهور.

وقال ابن شاس[2] وابن الحاجب[3]: وبه قال الفقهاء السبعة.

واعترضه خليل[4] بأن سعيد بن المسيب هو من الفقهاء السبعة بلا خلاف وهو قائل بخيار المجلس كقول ابن حبيب: لا ينعقد البيع إلا بعد الافتراق من المجلس. ذكره المازري، وعياض في «إكماله».

ويريد الشيخ: وكذلك ينعقد البيع بالمعاطاة والإشارة.

قوله:(وإن كانت السلعة المبيعة على الصفة مأمونة فلا بأس بنقد ثمنها، وإن كانت غير مأمونة فلا ينقد ثمنها قبل قبضها).

يعني: بالشرط وأراد بالمأمون لقربه، وذلك على وجهين: حيوان وغيره، فأما الحيوان فما ذكره هو أحد القولين:

وقيل: بمنعه.

وقيل: لا ينبغي.

وأما غيره: كالثياب فإنه جائز باتفاق، صَرَّحَ به ابن الحاجب، وقبله ابن عبد السلام.

---

(١) سقط من ب.

(٢) «عقد الجواهر» (٢/ ٣٥٦).

(٣) «جامع الأمهات» (ص/ ٢٥٦).

(٤) «التوضيح» (٥/ ٤٠٩).

فإن اختار إمضاء البيع مضى، وإن اختار فسخه بطل، ولا يسقط خياره إلا بإمضائه للبيع، أو بنفاذ مدة الخيار أو بتصرفه في السلعة تصرف اختيار، لا تصرف اختبار.

وهو قصور؛ لذكره ابن رشد في «مقدماته» الخلاف فيه.

وأما ما بعد فلا خلاف في منعه، وإليه أشار الشيخ بقوله: «**وإن كان غير مأمون فلا ينعقد**»، وتخصيصه بالسلع يدل على أن الدور والأرضين اشتراط النقد فيها جائز ولو بعد، وهو كذلك، قاله فيها في «كتاب بيع الغرر»، ونقل ابن الحاجب عن أشهب منعه في العبيد.

ابن عبد السلام: لا أذكر موضعه.

وأجيب بنقله ابن حارث والباجي.

وأما التطوع بالنقد جائز في الجميع.

قوله: (قال: ولا بأس بالبيع بالخيار للبائع والمبتاع أو لهما جميعًا، وأيهما اشترط الخيار لنفسه انتظر خياره، فإن اختار إمضاء البيع مضى، وإن اختار فسخه بطل) .

قال بعض شيوخنا: الخيار: بيع وقف بتة أولًا على إمضاء يتوقع .

فيخرج ذوو الخيار الحكمي.

قلت: وتخرج هبة الثواب بقوله: [«ببيع»][(١)].

وفي كونه رخصة لاستثنائه الغرر، [ولحجر][(٢)] المبيع خلاف.

ولا خصوصية لما ذكر الشيخ من الخيار للبائع أو للمبتاع أو لهما بل وكذلك الأجنبي لما يقوله بعد.

قوله: (ولا يسقط خياره إلا بإمضائه البيع أو بنفاد مدة الخيار أو بتصرفه في السلعة تصرف اختيار لا تصرف اختبار).

ظاهره: أن بنفس غروب الشمس من آخر أيام الخيار يسقط خياره، وهو كذلك عند أشهب وابن الماجشون.

(١) في ب: بيع .

(٢) في ب: وحجر .

فإذا اشترط البائع والمبتاع جميعًا الخيار لأنفسهما فاختار أحدهما إمضاء البيع، واختار الآخر فسخه فالقول قول من اختار الفسخ منهما.

ومن اشترى سلعة بالخيار ثم مات قبل نفوذ مدة الخيار قام ورثته مقامه، وكانوا بالخيار في إمضاء البيع وفسخه، ولا يبطل الخيار بموته.

و«**فيها**»: هو على خياره إذا أتى من الغد أو ما قرب، واحتج بالتلوم للمكاتب، ولو شرطا إن لم يأت المبتاع بالثوب قبل مغيب الشمس من آخر أيام الخيار لزم البيع لم يجز هذا البيع، أرأيت إن مرض المبتاع أو حبسه سلطان أكان يلزمه البيع.

ووقع في أحكامي ببلد الأُرْبُس[1] مسألة من هذا المعنى وهي: رجل ادعى نكاح امرأة، وأنكرته وزعم أن عنده بينة، وأشهد على نفسه أنه إن لم يأت بها إلى أجل كذا فقد [سرحها][2] للأزواج، فأتى ببينته بعد مضي الأجل فحكمت بأنه يلزمه ما التزم، وسرحتها للأزواج، فرفع المحكوم عليه حكمه لشيخنا أبي مهدي - رحمه الله تعالى- فاستغرب كوني حكمت بذلك وأفتى بنقضه، وأشار إلى هذه المسألة وغيرها وما حكمت به عليه كان عمل جماعة من أصحابنا، وما نقض عليّ حكمي في مسألة غير هذه في ولايتي كلها، وذلك لمدة من ثمانية عشر عامًا.

قوله: (وإذا اشترط البائع والمبتاع جميعًا الخيار لأنفسهما فاختار أحدهما إمضاء البيع، واختار الآخر فسخه، فالقول قول من اختار الفسخ منهما).

ما ذكر مثله فيها.

قوله: (ومن اشترى سلعة بالخيار ثم مات قبل نفوذ الخيار قام ورثته مقامه وكانوا بالخيار في إمضاء البيع وفسخه، ولا يبطل الخيار بموته).

لا خصوصية لقوله: «**اشترى**» بل وكذلك يورث عن البائع، «**وفيها**»: الخيار

---

(١) الأُرْبُس: قال ياقوت : مدينة وكورة بإفريقية، وكورتها واسعة وبها معدن حديد، وبينها وبين القيروان ثلاثة أيام من جهة المغرب، ويعرف ببلد العنبر، وإليها سار إبراهيم بن الأغلب حين خرج من القيروان سنة ١٩٦ ....ا هـ .«معجم البلدان» (١/ ١٣٦) .

(٢) في ب: صرحها .

فصل: في ضمان السلعة المبيعة بالخيار إذا تلفت في أيام الخيار:

وإذا تلفت السلعة المبيعة بالخيار في أيام الخيار فضمانها من بائعها دون مشتريها إذا كانت في يده - يعني يد البائع - أو لم تكن في يد واحد منهما.

وإن قبضها المبتاع ثم تلفت في يده وكانت مما يغلب عليه فضمانها منه إلا أن تقوم له بينة على تلفها فيسقط عنه ضمانها. وإن كانت مما لا يغلب عليه فضمانها على كل حال من بائعها.

يورث عن الميت فيكون لورثته ما كان له.

وأخذ منها أن أشياء تورث عن المبتاع، ويؤخذ منها أيضًا أن من مات وله حق فإن ثواب ذلك الحق في الدار الآخرة لورثته لا له، وهو أحد نقلي ابن العربي، وبه أفتى شيخنا أبو محمد عبد الله الشبيبي - رحمه الله تعالى - واحتج: بأنه لو دفع للوارث من عليه الحق فإنه يبرأ بلا خلاف، وبه أفتيت بالقيروان فألزمت أنه يتسلسل حتى ينتقل إلى الوارث الأخير فالتزمته.

قوله: (وإذا تلفت السلعة المبيعة بالخيار في أيام الخيار فضمانها من بائعها دون مشتريها إذا كانت في يده - يعني - يد البائع، أو لم تكن في يد واحد منهما، وإن قبضها المبتاع ثم تلفت في يده وكانت مما يغاب عليه فضمانها منه إلا أن تقوم له بينة على تلفها فيسقط عنه ضمانها.

وإن كانت مما لا يغاب عليه فضمانها على كل حال من بائعها).

ما ذكر فيما يغاب عليه، وظاهرة سواء كان اشتراطًا بخيار من بائع أو مبتاع هو المشهور.

وقيل: إن كان المشترط من البائع فضمانه منه، ولو غاب عليه المبتاع، قاله ابن كنانة في عزو اللخمي، وابن نافع في عزو ابن عبد السلام، ورواه ابن رشد عن مالك.

وما ذكره في إقامة البينة، ويريد: إذا كان ذلك من غير سبب هو قول مالك فيها، وبه قال ابن القاسم.

فصل: فيمن يرجع إليه أرش الأمة وولدها:

إذا جُني عليها أو ولدت في أيام الخيار ومن اشترى أمة بالخيار، ثم جُني عليها جناية لها أرش فاختار إمضاء بيعها، فأرش جنايتها لبائعها دون مشتريها.

فإن ولدت في أيام الخيار فولدها لمشتريها عند ابن القاسم، وقال غيره: لبائعها.

وقال أشهب: [يضمن](١) بناء على أن الضمان ضمان تهمة أو [أصالة](٢).

وقول أشهب حكاه اللخمي والمازري، وهو ظاهر ما يحكيه الشيخ عن أشهب في آخر الفصل.

ولم يحفظ ابن عبد السلام قول أشهب فقال: وانظر هل يتخرج قوله: «من الرهان والعواري أم لا» وهو قصور.

قوله: (**ومن اشترى أمة بالخيار ثم جُني عليها جناية لها أرش فاختار إمضاء بيعها فأرش جنايتها لبائعها دون مشتريها**).

ما ذكره هو قولها.

وقال ابن حبيب: هو للمشتري تبعًا لها.

قوله: (**وإن ولدت في أيام الخيار فولدها لمشتريها عند ابن القاسم.**

وقال غيره: هو لبائعها) .

الغير هو أشهب، وكلاهما فيها، واعترض غير واحد تصوير هذه المسألة من حيث ولدت في أيام الخيار وذلك يستلزم بيعها بقرب الولادة وهو لا يجوز وأجيب، بأجوبة:

أحدها: أن يكون باعها في أواخر الشهر السادس وولدت في أول السابع إلى غير ذلك من التأويلات.

وقال شيخنا أبو مهدي . رحمه الله تعالى: هذا الاستشكال إنما يرد على [غير](٣)

---

(١) في ب: يمضي .

(٢) في أ : إصابة .

(٣) سقط من ب .

فصل: في الخيار المطلق:

ولا بأس باشتراط الخيار المطلق. وإذا اختلفا ضرب للسلعة خيار مثلها،....

طريق ابن رشد، وأما هو فقال: مذهب مالك جواز بيع المريض وهو دليل خيارها.

وظاهر قولها في «الاستبراء» وسماع عيسى ابن القاسم، ونص أصبغ ومنعه ابن الماجشون وابن حبيب.

ومال إليه سحنون فعلى طريقته لا اعتراض وكل من ابن القاسم وأشهب ناقض أصله، وذلك في الحرة إذا تزوجت عبدًا بغير إذن سيده فأجاز نكاحه بعد أن زنت:

فقال ابن القاسم: لا تُرْجَم.

وقال أشهب: تُرْجَم.

وبيانه: أن ابن القاسم جعل بيع الخيار هنا منعقدًا بأوله وجعله أشهب بآخره، وقد عكسا [هناك][1].

وأجاب بعض شيوخنا[2] عن ابن القاسم: بأن الحد يدرأ بالشبهة.

وعن أشهب: بأنه خيار حكمي.

ونوقضا أيضًا بقولها في الحرة المطلقة ثلاثًا إذا تزوجها عبد ووطئها ثم أجاز السيد نكاحه فما سبق من وطئه لا يحلها عند ابن قاسم، ويحلها عند أشهب.

ويجاب عن ابن القاسم بالاحتياط.

قوله:(ولا بأس باشتراط الخيار المطلق، وإذا اختلفا ضرب للسلعة خيار مثلها).

ظاهر قوله: «**لا بأس**» الإباحة ابتداء.

ولا معنى لقوله: «وإذا اختلفا» والحكم يوجبه لقولها[3]: «ومن ابتاع شيئًا بالخيار ولم يضربا له أجلًا جاز البيع، وجعلا له من الأمد ما ينبغي في مثل تلك السلعة».

ابن يونس: لأنه عُرْف فيها، والعُرْف كالشرط.

وأقام الشيوخ منها: أن من تزوج امرأة بصداق نقدًا وبعضه مؤجلًا ولم يُضْرَبْ

---

(١) في ب: هنا.

(٢) «مختصر ابن عرفة» (٥/ ٤٧).

(٣) «التهذيب» (٣/ ١٩٦).

ولا بأس باشتراط الخيار أكثر من ثلاثة أيام فيما يبقى ولا يتغير ولا يفسد.

للمؤجل أجل إن ذلك جائز، ويضرب له من الأجل ما جرت به العادة، وقاله ابن القصار، وابن مغيث، وابن العطار في «وثائقه».

قوله: (ولا بأس باشتراط الخيار أكثر من ثلاثة أيام فيما يبقى ولا يتغير ولا يفسد).

يعني: أنه يجوز خيار ثلاثة أيام في الثوب والدابة، ويجوز أكثر من ذلك فيما سوى ذلك.

وفي كلامه بترٌ من وجهين:

أحدهما: أن الدابة إنما يجوز فيها ثلاثة أيام إذا كان اختباره لها في كثرة أكلها وقلته، وغلاء ثمنها ورخصه، وأما إذا كان بالركوب وشبهه فإنه يجوز اليوم وشبهه لا أكثر.

الثاني: احتمال قوله: «**أكثر**».

و«**فيها**»: في الدار الشهر ونحوه.

وفي «كتاب محمد»: الشهران، وقاله ابن الماجشون في «الواضحة» قائلًا: إن الأرضين كلها كذلك.

عبد الحق: الدور والأرضين سواء لا وجه لمن فرّق بينهما.

ابن عبد السلام: الحاجة إلى اختبار الدور عند أكثر من سائر الربع فينبغي أن يفترق حكمهما في ذلك.

و«**فيها**»: في الجارية الجمعة وشبهها.

ابن حبيب: وكذا العبد.

محمد: أجاز فيه ابن القاسم عشرة.

وروى ابن وهب: شهرًا.

اللخمي: لا يغيب أحدهما على الجارية، وما ذكر فيها لا يعارضه قول ابن القاسم فيها في «كتاب المكاتب»[1]: ومن كاتب أمته على أن أحدهما بالخيار يومًا أو شهرًا

(١) «التهذيب» (٢/ ٥٧٥).

فصل: في حكم من اشترى سلعة على خيار رجل غيره:

ومن اشترى سلعة على خيار رجل غيره، فليس له فسخ البيع قبل اختياره، فإن مات الرجل الذي اشترط خياره كان له الخيار في إمضاء البيع وفسخه.

فصل: في حكم من اشترى سلعة على المشاورة:

ومن اشترى سلعة على أن يؤامر أو يشاور، ثم أراد فسخ البيع قبل المؤامرة أو المشاورة فله ذلك وسقط خياره.

جاز ذلك؛ لأن الكتابة من ناحية العتق.

قوله: (ومن اشترى سلعة على خيار رجل غيره، فليس له فسخ البيع قبل اختياره فإن مات الرجل الذي اشترط اختباره كان الخيار له في إمضاء البيع وفسخه).

تخصيصه ذلك بالمشتري يدل على أن البائع له فسخ البيع دونه.

ووجهه: قوة يد البائع وتقدم ملكه وتضرره بخلاف المشتري فإنه لم يثبت له بعد ملك.

وهذا القول تأوله أبو محمد بن أبي زيد وابن لبابة وكثير من الشيوخ على قولها، وتأولها آخرون على تسوية البائع والمبتاع وأنه ليس لواحد منهما خلاف فلان.

قوله: (ومن اشترى سلعة على أن يؤامر أو يشاور ثم أراد فسخ البيع قبل المؤامرة والمشاورة فذلك له).

ما ذكر من أن الحكم في المؤامرة والمشاورة خلاف ما فوقه هو قول الجمهور في أن لمشترط المشورة من بائع أو مبتاع تركها وفعل ما شاء ردا أو إمضاءً، وبه تعلم تخصيص الشيخ المسألة بالشراء لا مفهوم له هنا.

وتأول أبو إسحاق على «كتاب محمد» أن المشورة كالخيار، ومثله تأول أبو محمد على رواية ابن نافع في «كتاب ابن مزين»:ولو كان اشتراط خيار فلان ومشورته للبائع والمبتاع لم يكن لأحدهما رجوع عن ذلك، وهو كالوكيل لهما ليس لأحدهما عزله دون صاحبه.

فصل: فيمن اختلط عليه ما ابتاع بالخيار أو تلف:

ومن اشترى ثوبين بالخيار من رجلين، ثم اختلطا ولم يميزا له لزمه البيع، وسقط خياره، ومن اشترى أحد ثوبين من رجل واحد على أنه بالخيار فتلفا عنده فهو ضامن لأحدهما، ولا ضمان عليه في الآخر، وهو فيه أمين وسواء قامت له بينة على تلفه أو صدَّقه البائع فيه أم لا، وهذا قول ابن القاسم، وقال أشهب: هو ضامن للثوبين جميعًا.

قوله: (ومن اشترى ثوبين بالخيار من رجلين ثم اختلطا ولم يتميزا لزمه البيع وسقط خياره).

ما ذكره مثله في سماع ابن القاسم.

ابن رشد[1]: يريد بعد حلف كل منهما أن ليس ثوبه أحد الثوبين، فإن نكلا حلف أن الثوبين هما اللذان أخذا منهما وأنه لا يعرف عين ثوب كل منهما، وكان الثوب بينهما بقدر أثمانهما وإن حلف أحدهما فقط دفع له ثمن ثوبه.

قوله: (ومن اشترى أحد ثوبين من رجل واحد على أنه بالخيار فتلفا عنده فهو ضامن لأحدهما ولا ضمان عليه في الآخر، وهو فيه أمين، وسواء عندي قامت له بينة على تلفه، أو صدَّقه البائع عليه أو لا، وهذا قول ابن القاسم.

وقال أشهب: هو ضامن للثوبين جميعًا).

يعني: أن من أخذ ثوبين يختار أحدهما أو يردهما.

وفي نقل الشيخ يقول أشهب أجمل لزيادته: يضمن أحدهما بالقيمة والآخر بالأقل من الثمن أو القيمة.

وقال ابن حبيب: في قبض أربعة؛ يختار واحدًا منها يضمن كل واحد منها بالمسمى، وهو قول مالك وأصحابه؛ لأنه بالخيار في كل منها.

والمشهور: لا فرق بين أن يكون البائع هو المتطوع بذلك فيقول: خذ واحدًا واختاره منهما، أو المشتري هو الذي سأل.

---

(١) «البيان» (٨/ ٣٩١،٣٩٢).

....

❁ ❁ ❁

وقال ابن القاسم في «كتاب محمد»: إن كان البائع هو المتطوع بذلك فإنه يضمن واحدًا، وإن كان المشتري هو الذي سأل فإنه يضمنهما.

ابن عبد السلام: ويضمن أحدهما بالقيمة والآخر بالثمن لا بالأقل، والله أعلم.

قال اللخمي: وأحسن الأقوال قول أشهب: وليس له أن يدفع الثمن فيها، ولا ذلك عليه؛ لأنه لم يجعل له حبس أحدهما.

ابن عبد السلام: والقولان اللذان ذكر الشيخ يشبهان القولين في المثال الذي يدفع للصانع مع المصنوع، وجفن السيف إذا كانت الصنعة في السيف ووعاء الجفن وشبه ذلك هل يكون الضمان مقصورًا على محل الصنعة أو يتعدى الضمان إلى ما لزمهما، وعموم الضمان في الثوبين أظهر منه في مسألة الصانع؛ لأن كل واحد منهما على البدل يمكن أن يكون مبيعًا بخلاف مسألة الصانع فإن الصنعة لا تتعدى إلى الثاني بمقتضى العقد ولا للجفن ولا لوعاء الخبز.



باب: في العيوب في البيع

فصل: فيمن ابتاع سلعة فوجد بها عيبًا:

ومن ابتاع سلعة على السلامة ثم وجد بها عيبًا لا يحدث مثله عنده، فهو بالخيار في فسخ البيع وتركه، ولا أرش عليه.

باب: في العيوب في البيع

قوله: (باب العيوب في البيع:

قال: ومن ابتاع سلعة على السلامة ثم وجد بها عيبًا لا يحدث مثله عنده فهو بالخيار في فسخ البيع وتركه ولا أرش له).

كلام الشيخ راجع لكتاب الرد بالعيب، كما ترجم عليه فيها، وترجم ابن شاس[(١)] وابن الحاجب[(٢)] بـ«خيار النقيصة» كالغزالي[(٣)].

قالوا: وهو شرط يخالف ما التزمه البائع شرطًا أو عرفًا في زمن ضمانه.

وظاهر كلامه: وإن كان البيع خفيفًا كقرض يسير يوجد في الثوب فإن له الرد، وهو كذلك على ظاهر المذهب وبه الفتوى.

وروى زياد عن مالك: أنه لا يرد به ويوضع عنه من الثمن بقدره.

ونحوه في «المختصر الكبير»، وبه قال ابن رزق، وحمل الرواية عليه «المدونة» وغيرها.

ولو اشترى مقطعًا على أنه ثلاثون ذراعًا فوجده أنقص أو أزيد:

فقال محمد: إن ذلك كنقص صفة فهو بالخيار في النقص كعيب،وفي الزيادة تكون له.

وقال ابن يونس[(٤)]: كما له الرد في النقص يجب ألا تكون له الزيادة.

---

(١) «عقد الجواهر» (٢/ ٦٩٤).

(٢) «جامع الأمهات» (ص/ ٣٣٧).

(٣) انظر: «العزيز شرح الوجيز» (٤/ ٢٠٥) .

(٤) «الجامع» (٨/ ٣١٢).

وإن كان العيب مما يحدث مثله عند المبتاع، فالقول في ذلك قول البائع مع يمينه، وإذا كان عيبًا ظاهرًا حلف على البت، وإن كان عيبًا باطنًا حلف على العلم.

كما قال: فيمن اشترى دارًا على أن فيها مائة ذراع فوجد فيها زيادة ذراع فله أن يغرم قيمة الذراع أو يردها كلها.

ويحتمل أن يفرق: بأن الثوب ظاهر الاختبار فكأنه باع عالمًا بالزيادة.

قوله: (وإن كان العيب مما يحدث مثله عند المبتاع فالقول في ذلك قول البائع مع يمينه).

يريد: وكذلك إذا احتمل قدومه وحدوثه فالأصل حدوثه ولا خلاف في ذلك.

وعارض ذلك شيخنا أبو زكريا يحيى بن منصور: بأن الضرر كحل الطاقة، الأصل فيه القدم على المشهور.

وأجبته: بأنه لا مشهور فيها بل قال ابن زرقون: الحكم على أنه حادث فلا معارضة، سلمنا ما قلتم فهنا الملك قد انتقل وذلك يناسب الحدوث.

وفي ادعاء حدوث الضرر لم ينتقل الملك، وذلك يناسب قدمه فلم يقبله.

قوله: (وإن كان عيبًا ظاهرًا حلف على البت، وإن كان عيبًا باطنًا حلف على العلم).

ما ذكره هو قولها[1].

ولابن القاسم قول آخر: إنه يحلف على البت فيهما.

وعكسه لأشهب: يحلف على العلم فيهما.

قال اللخمي: وهو أحسن.

فتحصل ثلاثة أقوال، ثالثها: ما ذكر الشيخ.

وقول الشيخ: «يحلف في الظاهر على البت» كالنص في أن العيب الظاهر إنما يرد به المتباع بعد أن يحلف أنه ما رآه وهو كذلك .

---

(١) «المدونة» (٣/ ٢٩٤).

وإن حدث به عند المبتاع عيب آخر فهو بالخيار في رده وما نقصه العيب الثاني عنده والرجوع على البائع بثمنه وبين إمساكه، والرجوع على البائع بأرش عيبه.

وقال ابن حبيب: لا يقبل قول المشتري في العيب الظاهر كالقطع والعور أنه ما رآه ولا رد له، واعتمد عليه غير واحد ممن صنف الأحكام.

ابن عبد السلام: وعليه يعتمد أصحاب الوثائق.

قال بعض شيوخنا[١]: وفيما ذكر نظر؛ لأن المتيطي [وغيره منهم] وابن سهل [وغيره من الأندلسيين] أوجبوا اليمين على البت في العيب الظاهر، ومثله لابن عات في غير ما موضع.

و«فيها»[٢]: «إن وجد العبد أعور أو أقطع أن له مقالًا».

فحملها غير واحد على خلاف قول ابن حبيب.

وتأولها بعضهم على أن البيع وقع على غائب بيع بالصفة.

قوله: (وإن حدث به عند المبتاع عيب آخر فهو بالخيار في رده، وما نقصه العيب الثاني عنده ، والرجوع على البائع بثمنه وبين إمساكه والرجوع على البائع بأرش عيبه).

ظاهره: وإن قال البائع: [لا أقبله][٣] بالعيب الحادث، وإليه ذهب ابن القاسم في رواية يحيى وعيسى بن دينار، وابن نافع ورواه؛ لأن المشتري قد تعلق له غرض يعني المبيع.

وقيل: بمثله إن كانت فيه زيادة مع العيب في قيمة أو رفاهية لحاجة المبتاع، وأما إن لم يكن فيه غير النقص فلا مقال للمشتري، ونحا إليه اللخمي.

قال عياض[٤]: ورجح هذا القول بعض شيوخنا.

وقيل: لا مقال للمشتري مطلقًا، وهو قولها[٥]، ورواه عيسى عن ابن القاسم، وقاله أشهب.

---

(١) «مختصر ابن عرفة» (٨/ ٣٨٦) .

(٢) «المدونة» (٣/ ٤٦٨).

(٣) في ب: أنا أقبله .

(٤) «التنبيهات» (٣/ ١١٨٨).

(٥) «المدونة» (٣/ ٣٥٤).

فصل: فمين ابتاع سلعة فوجد بها عيبين:

ومن اشترى سلعة فوجد بها عيبين أحدهما قديم والآخر مما يحدث مثله عنده كان له ردها بالعيب القديم وعليه اليمين أنه ما حدث العيب الآخر عنده.

فصل: فيمن اشترى عبدًا ثم ظهر على عيبه بعد عتقه أو موته أو بيعه:

ومن اشترى عبدًا معيبًا فأعتقه قبل علمه بعيبه، ثم ظهر على العيب بعد عتقه، رجع على البائع بأرش عيبه، ونفذ عتقه.

وقيل: إن كان مدلسًا فالتخيير باق وإلا فلا. قاله ابن لبابة.

قال عياض[1]: وهو جيد في الفقه.

فتحصل في المسألة أربعة أقوال، وكلها في «التنبيهات» .

واعلم أن العيوب الحادثة عند المشتري على ثلاثة أقسام:

قسم: لا أثر له فلا يرد له شيئًا وهو إذا كان يسيرًا كالرمد.

وقسم: يتحتم فيه الرجوع بالأرش، وهو كل ما يخرج عن المقصود كالعمى وما بينهما هو الذي تكلم عليه الشيخ، فقد أطلق في محل التقييد.

قوله: (**ومن اشترى سلعة فوجد بها عيبين: أحدهما قديم والآخر مما يحدث مثله، كان له ردها بالعيب القديم وعليه اليمين ما حدث العيب الآخر عنده**).

[كأنه][2] مدع عليه استحقاق الأرض، هذا الذي ظهر لي الآن، والذي كنت أقول قبل هذا.

ما ذكره مشكل والجاري على ما تقدم إذا قال البائع: حدث عنده، إنه يحلف ويخير المشتري كما تقدم فوقه.

قوله:(**ومن اشترى عبدًا معيبًا فأعتقه قبل علمه بعيبه ثم ظهر على العيب بعد عتقه رجع على البائع بأرش عيبه، ونفذ عتقه،**

---

(١) «التنبيهات» (٣/ ١١٨٨).

(٢) في أ: أنه .

وكذلك لو مات عنده رجع على البائع بأرش عيبه. ولو باعه ثم ظهر بعد البيع على عيبه لم يرجع على البائع بشيء.

وقد قيل: بيعه كموته وعتقه، ويرجع على البائع بأرشه، وقد قيل: إن كان ما نقص من ثمنه لأجل عيبه وظن العيب حدث عنده، ثم علم أنه كان قديماً به عند بائعه كان له أن يرجع بأرش العيب عليه.

وكذلك لو مات عنده رجع على البائع بأرش عيبه).

لا مفهوم لقوله: «**فأعتقه**» بل وكذلك الكتابة والتدبير والاستيلاد لتصريحها[1] بذلك في الجميع.

وما ذكره هو المشهور .

وروى زياد عن مالك: أنه لا يرجع في العتق بشيء، وحكاه ابن زرقون.

ابن عبد السلام: ولعله يقول مثل ذلك في كل عقد من عقود الحرية.

قوله: **(ولو باعه ثم ظهر بعد البيع على عيب فيه لم يرجع على البائع بشيء، وقد قيل: بيعه كموته وعتقه، ويرجع البائع بأرشه، وقد قيل: إن كان نقص من ثمنه لأجل عيبه وظن أن العيب حدث عنده، ثم علم أنه كان قديماً به عند بائعه، كان له أن يرجع بأرش البيع عليه)**

يعني: إذا باعه بأنقص يدل عليه قوله في «القول الثالث»: «إن كان نقص من ثمنه لأجل عيبه».

ويعني أيضًا: إذا باعه من غير البائع، والقول الأول هو قول ابن القاسم فيها[2].

والثاني: هو ظاهر قول «الموطأ»[3]، واختاره عبد الوهاب[4].

والثالث: قول محمد.

---

(١) «التهذيب» (٣/ ٢٨٤).

(٢) «التهذيب» (٣/ ٢٩٥).

(٣) «الموطأ» (٢٢٧٧).

(٤) «المعونة» (٢/ ١٠٦٧).

فصل: فيمن اشترى شيئًا معيبًا ثم تصرف فيه بعد علمه بعيبه:

ومن اشترى أمة معيبة ثم وطئها بعد علمه بعيبها لزمه عيبها، ولم يرجع على بائعها بشيء من أرشها.

فإن وطئها قبل علمه بعيبها ردها ورجع بثمنها ولا شيء عليه في وطئها إن كانت ثيبًا.

وإن كانت بكرًا فنقصها وطؤه لها ردها وما نقصها الوطء ورجع بثمنها، وإن شاء حبسها وأخذ من البائع أرش عيبها.

وفي المسألة قول رابع: يرجع بالأقل من قيمة عيبه أو ما نقصه من ثمنه. قاله أشهب ورواه، واختاره ابن حبيب.

وجعل عياض[١] وابن رشد[٢] في سماع يحيى قول محمد تفسيرًا لقول ابن القاسم فيها.

وعزاه عبد الحق[٣] لابن القاسم في «الموازية» لا لمحمد.

وأما إذا باعه بمثل الثمن فأحرى ألا مقال له على الأول والثالث.

وأما على الثاني فيرجع بقيمة العيب؛ لأنه جعل بيعه كعتقه [وإليك][٤] النظر فيما إذا باعه من البائع، ولولا الإطالة لذكرناه.

قوله: (ومن اشترى أمة معيبة ثم وطئها بعد علمه بعيبها لزمه عيبها ولم يرجع على بائعها بشيء من أرشها).

لا مفهوم لقوله: «**وطئها**» بل وكذلك لو قَبَّلَهَا أو باشرها.

قوله: (فإن وطئها قبل علمه بعيبها ردها ورجع عليه بثمنها، ولا شيء عليه في وطئها إذا كانت ثيبًا، وإن كانت بكرًا فنقصها وطؤه لها ردها وما نقصها الوطء، ورجع بثمنها وإن شاء حبسها وأخذ من البائع أرش عيبها).

---

(١) «التنبيهات» (٣/ ١٣٧٩).

(٢) «البيان» (٨/ ٣٠٩).

(٣) «النكت والفروق» (٢/ ٣١).

(٤) في أ: ولزم.

وكذلك كل من اشترى شيئًا معيبًا ثم تصرف فيه بعد علمه بعيبه لم يجز له رده، ولم يكن له على البائع أرش عيبه.

فصل: فيمن اشترى دابة معيبة ثم ركبها بعد علمه بعيبها مضطرا:

ومن اشترى دابة معيبة، ثم ظهر على عيبها في سفر فركبها بعد علمه بعيبها

ما ذكره في الثيب هو قول مالك في «الموطأ».

وقيل: إنه مفيت يرجع بقيمة العيب، قاله ابن وهب وابن نافع، وأصبغ.

وما ذكره في البكر هو المنصوص.

وَخَرَّجَ غير واحد من قول ابن وهب:

أنه يرجع بقيمة العيب من باب أحرى، وحكاه ابن يونس نصًّا له [هل سمعتم بهذا العلم أم لا][1] مع من ذكر.

قوله: (وكذلك كل من اشترى شيئًا معيبًا ثم تصرف فيه بعد علمه بعيبه لم يجز له رده، ولم يكن له على البائع أرش عيبه).

تسامح في قوله: «**لم يجز له رده**» وإنما أراد أنه لا مقال له على البائع لا في أرش ولا في رد.

واختلف فيما إذا زوجه الأمة ثم اطلع على عيب قديم:

فقيل: هو من القسم الأول يردها ولا شيء عليه في عيب التزويج.

وقيل: هو من الثاني، يرجع بقيمة العيب ولا يردها، خَرَّجَه اللخمي من قول ابن مسلمة في الفوت بالعمى أو [الزمانة][2] أو عجف الدابة، وقبله غير واحد.

ورده شيخنا أبو مهدي - رحمه الله تعالى - بأن العمى أشد.

وقيل: هو من [الثالث][3] يكون بالخيار، وهو المشهور.

قوله: (ومن اشترى دابة معيبة ثم ظهر على عيبها في سفر فركبها بعد علمه بعيبها

---

(١) سقط من أ.

(٢) في ب: الزمان.

(٣) في ب: من الثاني.

مضطرًا إلى ركوبها، ففيها روايتان:

إحداهما: أن له ردها.

والأخرى: أنه ليس له ردها، وقد لزمه بركوبها عيبها.

مضطرًا إلى ركوبها ففيها روايتان:

إحداهما: أن له ردها.

والأخرى: أنه ليس له ردها وقد لزمه بركوبه عيبها).

لا مفهوم لقوله: «**فركبها**» بل وكذلك إذا تمادى على الحمل عليها حتى يصل إلى ربها، والرواية الأولى رواها ابن القاسم وأخذ بها هو وأصبغ وابن حبيب.

والثانية: رواها أشهب وأخذ بها هو وابن عبد الحكم قياسًا على ركوب الإقامة.

وقال ابن كنانة: إذا وجد العيب فليشهد ويردها ولا يركبها في ردها إلا أن يكون بين قريتين فيبلغ عليها للقرية.

وقال ابن نافع: لا يركب ولا يحمل عليها إلا أن لا يجد بدا فيركب ويحمل، وهذا أخص من مطلق الاضطرار فتحصل أربعة أقوال، والفتوى بقول ابن القاسم.

وظاهر كلام الشيخ: أنه لو ركب الدابة في الحضر أنه لا دليل على الرضا، وكذلك العبد إذا استخدمه هو كذلك على المشهور إلا أن يتعذر قود الدابة.

وقال ابن حبيب: له استخدامها.

وقيده المازري[1] بقوة الخصومة. ومثله لابن رشد[2].

قال بعض شيوخنا[3]: وهو خلاف قول اللخمي حسبما هو في غير نسخة: واختلف في ذلك إذا ركب الدابة واستخدم العبد بعد علمه بالعيب أو بعد أن قام.

قلت: النسخة التي بيدي الآن إنما هي معطوفة بالواو لا بأو .

سَلَّمْنَا ما ذكره فتحمل «أو» بمعنى الواو، والله أعلم.

---

(١) «شرح التلقين» (٢/ ٣٢٦).

(٢) «البيان» (٣/ ١٨١).

(٣) «مختصر ابن عرفة» (٨/ ٢٢٢) .

فصل: فيمن ظهر على عيب بسلعة اشتراها ثم مات قبل ردها

ومن ظهر على عيب بسلعة اشتراها ثم مات قبل ردها، كان الخيار لورثته في ردها وحبسها.

فصل: فيمن اشترى شيئًا معيبًا واستعمله قبل علمه بعيبه:

ومن اشترى شيئًا معيبًا فاستغله واستعمله قبل علمه بعيبه، ثم علم بالعيب، رده ولا شيء في استعماله ولا في استغلاله.

وأما لو سكن الدار وربها حاضر أو غائب فليس برضى لأن السكنى لا تؤثر كما يؤثر غيرها فلا يكون دليلًا على الرضى.

قوله: (ومن ظهر على عيب سلعة اشتراها ثم مات قبل رده إياها كان الخيار لورثته في ردها وحبسها).

قد علمت أن «**ثم**» من قول الشيخ «**ثم مات**» تقتضي المهلة، وذلك أعم من أن يكون طال سكوته قبل موته أو قرب.

ونصها في «كتاب العيوب»[1]: ومن اشترى عبدًا فاطلع به على عيب فسكت؛ فقال ابن القاسم: هو رضى.

وقال أشهب: لا يكون رضى فيما قرب كاليوم ونحوه.

وأكثر المدرسين بتونس حملوا قوليهما على الخلاف، وحمله الأقل على الوفاق، فما ذكره الشيخ من إطلاق كلامه خلاف الطريقين، وموافق لنقل ابن رشد[2] في قوله: في كون السكوت إذنًا في الشيء، وإقرارًا به قولان مشهوران.

فتحصل في السكوت ثلاثة أقوال، ثالثها: قول أشهب.

قوله: (ومن اشترى شيئًا معيبًا فاستعمله أو استغله قبل علمه بعيبه ثم علم بالعيب رده فلا شيء عليه في استعماله ولا في استغلاله).

---

(١) «التهذيب» (٣/ ٢٨٩).

(٢) «البيان» (٨/ ٣٨).

....

أراد بالاستغلال إذا أكراه للغير وبالاستعمال إذا أخدمه لنفسه وهو بَيِّن من كلامه.

ويريد: ولا يرجع عليه بنفقته والأصل في ذلك ما خرجه الترمذي[1] عن عائشة أن رسول الله ﷺ قال: «**الخراج بالضمان**».

واختلف فيمن اشترى نخلًا وفيها تمر قد أبر واشترطه، أو اشترى غنما عليها صوف قد تم، فجد النحل وجزَّ الصوف ثم اطلع على عيب بالنخل والغنم فيردها ففي رد الثمرة والصوف قولان لابن القاسم وأشهب، واتفقا أنه لا يرد اللبن شيئًا وإن كان في الضروع يوم البيع وذلك خفيف.

ابن عبد السلام: وانظر هل فيه قوة لأشهب أم لا، وأما الولد فإنه يرده وليس بغلة.

وقيل: لا يرده وهو غلة، قاله ابن كنانة، حكاه الباجي[2].

وأخذ الشيخ أبو القاسم السيوري مثله من قول ابن القاسم «فيها»: أنه يجبر بالولد عيب تزويجها ولو ودى المشتري على المبيع مكسا جرت العادة به فإن له الرجوع على البائع .

قاله ابن القاسم المذكور.

وقال غيره: لا يرجع عليه.

[**وقال المازري**: إذا][3] أفتيت في ذلك ننظر فإن كان إنما دفع يسيرًا فهو برأس المشتري وإن كان كثيرًا أمرتها بالصلح لما رأيت من أشكال المسألة في ذلك.

والجميع ذكره المازري في «التعليقة»، وقفت عليه قرب كتبي بهذا الموضع، وكنت أحكم في ولايتي كلها على طريق الاجتهاد بأن ذلك برأس المشتري قليلًا كان أو كثيرًا لكونه ظلم فهو ممن نزل به، وحكمت الآن بقول السيوري؛ لأن ثواب المكسب

---

(١) «سنن الترمذي» (١٢٨٥) وحسنه الألباني.

(٢) «المنتقى» (٥/ ٤٧) .

(٣) في ب: وقال ابن القاسم : لذا .

فصل: فيمن اشترى أمة فسمنت أو هزلت عنده ثم ظهر على عيب بها:

ومن اشترى أمة سمينة فهزلت عنده، ثم ظهر على عيب بها فله ردها وأخذ ثمنها، ولا شيء عليه في هزالها، كذلك لو اشتراها مهزولة فسمنت عنده، فليس له حبسها وأخذ أرشها وإنما حبسها بغير شيء أو ردها وأخذ ثمنها.

فصل: فيمن اشترى دابة فعجفت أو سمنت عنده ثم ظهر على عيبها:

ومن اشترى دابة سمينة فعجفت عنده ثم ظهر على عيبها فهو بالخيار في حبسها وأخذ أرشها، وفي ردها ورد ما نقصها العجف عنده وأخذ ثمنها.

وإن اشتراها عجفاء فسمنت عنده ففيها روايتان:

المعتاد للبائع؛ لأن المشتري يعمل حسابه حسبما ذكرناه في أول «كتاب المرابحة» في شرحنا على «التهذيب».

قوله: (ومن اشترى أمة سمينة فهزلت عنده ثم ظهر على عيب بها فله ردها وأخذ ثمنها، ولا شيء عليه في هزالها، وكذلك لو اشتراها مهزولة فسمنت عنده فليس له حبسها وأخذ أرشها، وإنما له حبسها بغير شيء أو ردها وأخذ ثمنها).

ما ذكره هو قول مالك.

وقيل: إنه فوت.

وجمع ابن حبيب بين هذه والتي فوقها، وذكر ثلاثة أقوال:

أحدها: أنه فوت فيهما.

وقيل: لا، وقيل: فوت في الأولى لا في الثانية، وعزاها لابن حبيب، ومالك، وابن القاسم.

قوله: (ومن اشترى دابة سمينة فعجفت عنده ثم ظهر على عيبها فهو بالخيار في حبسها وأخذ أرشها، أو في ردها ورد ما نقصها العجف عنده وأخذ ثمنها).

ما ذكره مثله لابن حبيب.

قوله: (وإن اشتراها عجفاء فسمنت عنده ففيها روايتان:

إحداهما: أنه بالخيار في حبسها وأخذ أرشها.

والأخرى: أنه إن حبسها لم يكن له أخذ أرشها وله ردها وأخذ ثمنها.

فصل: فيمن باع ثوبًا معيبًا يعلم بعيبه فقطعه المشتري قبل علمه بعيبه:

ومن باع ثوبا معيبًا يعلم بعيبه فقطعه المشتري قبل علمه بعيبه ثم ظهر بعد القطع على عيبه، وعلم أن البائع دلسه به، فله رده ولا شيء عليه في قطعه، إذا قطعه مثل ما يقطع مثله، فإن خرج بالقطع عما يقطع مثله فعليه إذا اختار رده أن يرد أرش قطعه.

إحداهما: أنه بالخيار في حبسها وأخذ أرشها، والأخرى: أنه إن حبسها لم يكن له أخذ أرشها وله ردها وأخذ ثمنها).

ظاهر كلامه: أن صلاح الجسم من غير سمن لغو اتفاقًا.

اللخمي: واختلف في مريض بيع فصح:

فقيل: هو فوت يوجب الرجوع بالأرش.

وقيل: ليس له إلا الرد. قاله محمد.

قوله: (**ومن باع ثوبًا معيبًا يعلم بعيبه فقطعه المشتري قبل علمه بعيبه، ثم ظهر بعد القطع على عيبه، وعلم أن البائع دلسه به فله رده ولا شيء عليه في قطعه إذا قطعه مثل ما يقطع مثله، فإن خرج بالقطع عن ما يقطع مثله فعليه إذا اختار رده أن يرد أرش قطعه**).

ظاهر قوله: «**فله الرد**» يقتضي أن له الحبس، وهو بَيِّنٌ إلا أنه لم يتعرض للأرش.

وقال فيها[1] فيما إذا قطعه أو صبغه له حبسه وأخذ الأرش.

وقال أصبغ: ليس له أخذ الأرش في قطعه؛ لأن له رده دون غرم.

قال ابن محرز: وحملها بعض المذاكرين على قول أصبغ ومحمد ورد جوابها للصبغ فقط، ورده ابن شاس لهما على أنه أدى للقطع أحرى كالديباج ذي الصنائع يحتاج لتخليصها في قطعه.

---

(١) «التهذيب» (٤/ ٥١٠).

فصل: فيما يرد به العيوب:

والذي يرد به من العيوب كل عيب نقص من الثمن مثل الجنون، والجذام، والبرص، والعنين، والخصاء، والجب، والرتق، والإفضاء، والزعر، وبياض الشعر وما أشبه ذلك.

ومن اشترى سلعة معيبة ثم زال العيب عنده، سقط خياره ورده إلا أن يكون عيبًا لا تؤمن عودته ويثبت ضرره.

وتبعه التونسي وابن يونس(١).

وقال بعض شيوخ المازري(٢): إنما يصح على أحد القولين فيمن أدى ثمنًا في تعليم العبد، واختلف فيمن اشترى بكرًا وافتضها ثم اطلع على عيب بها دلس به البائع فقيل: إذا رد يجب عليه غرم ما نقصها، قاله مالك.

وقيل: لا شيء عليه أخذًا من قولهم هنا؛ لأنه كالإذن فيه بتدليسه، قاله ابن الكاتب.

قوله: (والذي يرد به من العيوب كل عيب نقص من الثمن مثل: الجنون، والجذام، والبرص، والعسر، والخصاء، والجب، والرتق، والإفضاء، والزعر، وبياض الشعر، وما أشبه ذلك.

ومن اشترى سلعة معيبة ثم زال العيب عنده، سقط خياره ورده إلا أن يكون عيبًا لا تؤمن عودته ويثبت ضرره).

يريد: سواء كان نقص الثمن يسيرًا أو كثيرًا، وإن كان تمثيله لا يقتضي ذلك، والعسر: هو الذي يعمل بيده اليسرى كما يعمل غيره باليمنى.

وظاهر قول الشيخ في الخصي: إن [كان](٣) يزيد في ثمنه لمعنى غير شرعي فلا يعتبر، وهو كذلك كزيادة ثمن الجارية المغنية.

---

(١) «الجامع» (٩/ ٥٤).

(٢) «شرح التلقين» (٢/ ٦١٧).

(٣) سقط من أ.

فصل: في العلائق في العبيد والإماء عيب يوجب الرد:

والعلائق في العبيد، والإماء عيب يوجب الرد، مثل: الزوج، والزوجة، والولد، ....

وقد اختلف فيمن غصب عبدًا فخصاه فزاد في ثمنه ما الواجب فيه؟

وأراد «بالزَّعَر» زَعَر العانة لقولها[1]: زعر العانة عيب.

ابن يونس[2]: عن سحنون: لأنه عيب في وطئها؛ لأن الشعر يشد الفرج وعدمه يرخيه.

ابن حبيب: يتقى عاقبته في الداء السوء.

المتيطي: أخذ بعض الموثقين منه كونه عيبًا في الأمة والعبد، وأخذ من قول سحنون: لغو في العبد.

وفي «الموازية»:زعر غير العانة لغو.

ومحمد يريد: إن لم ينبت في ساقيها وجسدها، وأراد، بقوله: «**لا تؤمن عودته**» أي: غالبًا كالبول في الفراش، وسواء كان ذكرًا أو أنثى، وخشيا أو غيره، وبقوله: (أو يثبت ضرره عيب العلاقة» كما يقوله الآن، إلا أن إطلاق السلعة على الإماء وغيرهن فيه مسامحة.

قوله: (والعلائق في العبيد والإماء عيب يوجب الرد، مثل: الزوج، والزوجة، والولد).

ظاهره: سواء كان الولد ذكرًا أو أنثى، حرًّا أو عبدًا، وهو كذلك، وكذلك أحد الأبوين عيب، وأحرى اجتماعهما بخلاف الجدة.

وقيل: هو كذلك؛ لأنه يأوي إليها.

واختلف في الأخ:

فقيل: كذلك قاله ابن العطار.

---

(١) «المدونة» (٣/ ٣٤٢)، و«التهذيب» (٣/ ٢٩٠).

(٢) «الجامع» (٩/ ٦٠).

ومن اشترى أمة ذات زوج وهو لا يعلم ثم علم بذلك فأراد ردها، فطلقها الزوج قبل ردها لم يسقط خياره بطلاقها.

ولو اشترى عبدًا وله زوجة وهو لا يعلم، ثم علم بذلك، فأراد رده فطلق العبد زوجته كان له ردها إن شاء، ولم يلزمه إمساكه.

❋ ❋ ❋

وقيل: لا، وهو المعروف.

وقيل: إن كان يخشى مثله، ويتجنب الشراء لأجله فالأول وإلا فالثاني. قاله اللخمي.

قوله: (ومن اشترى أمة ذات زوج وهو لا يعلم ثم علم بذلك فأراد ردها فطلقها الزوج قبل ردها لم يسقط خياره بطلاقها).

يجري فيها ما في التي تليها.

قوله: (ولو اشترى عبدًا وله زوجة، وهو لا يعلم، ثم علم بذلك، فأراد رده فطلق العبد زوجته كان له ردها).

تخصيصه الطلاق يدل على أنه لو ماتت الزوجة أنه لا رد له، وهو كذلك، قاله أشهب وابن حبيب، وأحد الأقوال الثلاثة.

وقيل: الموت كالطلاق له الرد، قاله مالك في «العتبية».

وقيل: عكسه: لا رد له بموت أو طلاق.

وتأوله فضل على قول ابن القاسم فيها: إن اشترى الأمة في عدة الطلاق فلم يعلم ذلك حتى انقضت لا رد له.

ورده ابن رشد[1] لاحتمال أن يكون علم أن لها زوجًا ولم يعلم أنها في عدة منه.

قال: وأعدل الأقوال الأول.

❋ ❋ ❋

---

(١) «البيان» (٨/ ٢٧٧).

باب: في عهدة الرقيق في البيع

فصل: في الرقيق:

ومن اشترى عبدًا أو أمة فعهدته ثلاثة أيام ولياليها وكل ما أصابه من حدث فيها فضمانه من بائعه والمشتري فيه بالخيار في أخذه بالعيب الذي حدث به عنده بجميع الثمن، وإن شاء رده ثم له بعد ذلك عهدة السنة من ثلاثة أدواء مخصوصة

وهي: الجنون، والجذام، والبرص، فما حدث به من ذلك في السَّنة كان مشتريه بالخيار في إمساكه أو رده.

باب: في عهدة الرقيق في البيع

(قوله: باب في عهدة الرقيق في البيع:

قال:ومن اشترى عبدًا أو أمة فعهدته ثلاثة أيام ولياليها، فكل ما أصابه من حدث فيها فضمانه من بائعه، والمشتري فيه بالخيار إن شاء أخذه بالعيب الذي حدث به بجميع الثمن، وإن شاء رده ثم له بعد ذلك عهدة السنة من ثلاثة أدواء مخصوصة؛ وهي: الجنون، والجذام، والبرص، فما حدث به من ذلك في السنة كان مشتريه بالخيار في إمساكه أو رده).

مستند [العهدة][1] عمل أهل المدينة، قاله فيها[2].

وتخصيص الشيخ المسألة بالشراء يقتضي أن العبد المنكح به أو المخالع به أو المأخوذ من دم عمد، ونحو ذلك أنه لا عهدة فيه، وهو كذلك.

وروى أشهب: في المنكح به العهدة.

وظاهر كلام الشيخ: أنه يقضى بالعهدة مطلقًا، وهو كذلك، قاله مالك في رواية المدنيين.

---

(١) في ب: العهدتين .

(٢) «المدونة» (٣/ ٣٦٧)، و«التهذيب» (٣/ ٣١٢).

ويكره النقد في عهدة الثلاث بشرط، ولا بأس أن يتطوع المشتري بالنقد من غير شرط.

ولا بأس بالنقد في عهدة السَّنَة.

وقال في رواية المصريين: لا يقضى بها إلا بالشرط أو بالعادة [أو بحمل][١] السلطان عليها، وعليه العمل.

وفي «الموازية»: عن ابن القاسم: لا يحكم بها وإن اشترطوها.

فتحصل ثلاثة أقوال، ثالثها: ما رواه المصريون.

وأشار الشيخ بقوله: **«أيام ولياليها»** إلى أن ابتدائهما إنما هو من طلوع الفجر، وهو أحد المسائل التي اختلف هل يلغى فيها بعض اليوم أم لا؟ وقد سبقت نظائرها.

وقول الشيخ: **«ثم له»** يقتضي عدم تداخل العهدتين، وهو كذلك.

وقيل: تدخل عهدة الثلاث في عهدة السنة؛ لأنها أطول، والقولان لمالك.

قوله: (ويكره النقد في عهدة الثلاث بشرط).

الكراهة على التحريم لقولها[٢]: لا يجوز .

ولقول الباجي[٣]: إن شرطه بطل العقد، لو طلب البائع وفقه على يدي عدل ففي لزومه قولان.

قوله: (ولا بأس أن يتطوع المشتري بالنقد من غير شرط).

يريد: إن لم يكن بيع خيار لتصريح الباجي[٤] بذلك.

قوله: (ولا بأس بالنقد في عهدة السنة).

يعني بشرط؛ لأن ما يتقى فيها نادر، وأراد بـ «لا بأس» لصريح الإباحة لقولها[٥]: «والنقد فيها جائز».

---

(١) في ب : ويحمل .

(٢) «المدونة» (٣/ ٣٧٣).

(٣) «المنتقى» (٤/ ١٧٢).

(٤) «المنتقى» (٤/ ١٧٣).

(٥) «التهذيب» (٣/ ٣١٤).

....

❁ ❁ ❁

وقال الباجي[1]: النقد لازم، ولا يحكم به.

قال بعض شيوخنا: وعبارته أصوب.

❁ ❁ ❁

---

(١) «المنتقى» (٤/ ١٧٩).

باب: في الاستبراء والمواضعة في البيع

فصل: في استبراء الإماء من البائع والمشتري:

ومن وطئ أمة ثم أراد بيعها استبرأها بحيضة قبل البيع، وعلى المشتري إذا اشتراها أن يستبرئها بحيضة قبل أن يطأها، ويستحب أن توضع الجارية المستبرأة للوطء على يدي امرأة عدل من النساء، فإذاحاضت تم بيعها، وإن ظهر بها حمل لم يتم بيعها.

باب: في الاستبراء والمواضعة في البيع

قوله: (باب في الاستبراء والمواضعة في البيع:

قال: ومن وطئ أمة ثم أراد بيعها استبرأها بحيضة قبل البيع، وعلى المشتري إذا اشتراها أن يستبرئها بحيضة قبل أن يطأها).

لا خصوصية لذكره إرادة البيع، والمراد: إذا أراد نقل ملكه عنها كالهبة، وكذلك إذا أراد تزويجها.

وما ذكر من الحيضة هو المعروف.

وقيل: طهر لا حيضة، حكاه ابن الحاجب(١)، ولم يوجد لنقل غيره.

ولو فقدت ذات الحيض الدم لا لمرض ولا لرضاع:

فقيل: تكفي ثلاثة أشهر.

وقيل: لا بد من تسعة، وكلاهما لمالك.

والأول هو قولها(٢): وأما إن كان لمرض أو رضاع فثلاثة أشهر.

قال ابن رشد(٣): ولا أعلم فيه خلافًا، وقد يدخله الخلاف بالمعنى.

قوله: (ويستحب أن توضع الجارية المشتراة للوطء على يدي امرأة عدلة من النساء، فإن حاضت تم بيعها، وإن ظهر بها حمل لم يتم بيعها).

---

(١) «جامع الأمهات» (ص/ ٣٢٤).

(٢) «التهذيب» (٢/ ٤٦٢).

(٣) «البيان» (٤/ ١٠٢).

فصل: في الأمة يظهر بها عيب أو تموت في مدة الاستبراء:

ولو حدث بها عيب في الاستبراء أو ماتت فيه فكان ضمانها من بائعها دون مشتريها، فإن أمن البائع المشتري على استبرائها جاز ذلك، وإن ماتت بعد مدة يكون فيها استبراء مثلها كان ضمانها من مشتريها، وإن كان موتها قبل ذلك كان ضمانها من بائعها.

وإن ماتت ولم يعلم أكان موتها قبل مدة الاستبراء أو بعدها ففيها روايتان:

إحداهما: أن ضمانها من بائعه.

والأخرى: أنه من مشتريها.

يعني: إن وضعها على يدي امرأة عدلة، أحسن من وضعها على يد رجل عدل، إذا كان له أهل فالاستحباب تسليط على قوله: «على يد امرأة عدلة».

قال اللخمي: وقيل: في هذا الأصل لا يكتفى إلا بقول امرأتين في أنها حاضت.

واختلف في الرجل المأمون إذا لم يكن له أهل:

فقيل: جائز مع كراهة، قاله في «كتاب محمد».

وقيل: ممنوع، قاله أصبغ.

قوله: (**ولو حدث بها عيب في الاستبراء، أو ماتت فيه، كان ضمانها من بائعها دون مشتريها**).

لا خصوصية لما ذكر الشيخ؛ لقولها: وكل ما حدث بها في المواضعة من مرض أو هلاك أو داء أو عيب أو غيره فمن البائع حتى ترى حيضة مستقيمة.

قوله: (**فإن أمن البائع المشتري على استبرائها جاز ذلك،وإن ماتت بعد مدة يكون فيها استبراء مثلها كان ضمانها من مشتريها، فإن كان موتها قبل ذلك فضمانها من بائعها، وإن ماتت ولم يعلم أكان موتها قبل مدة الاستبراء أو بعدها، ففيها روايتان:**

إحداهما: أن ضمانها من مشتريها.

والأخرى: أنه من بائعها).

فصل: في الأمة يطؤها البائع والمشتري في طهر واحد:

وإذا وطئ الأمة بائعها ومشتريها في طهر واحد، فأتت بولد لستة أشهر فصاعدا، نظر إليه القافة فبأيهما ألحقوه لحق، فإن ألحقوه ببائعها انفسخ بيعها، وإن ألحقوه بمشتريها تم بيعها.

فصل: في الأمة تباع مرة بعد مرة في طهر واحد وتوطأ من المبتاعين:

وإذا اشترى رجلان جارية في طهر واحد شراء بعد شراء وطئاها في ذلك الطهر، وجاءت بحمل، وماتت قبل الستة أشهر فهي من البائع.

وإن وضعت وماتت وبقي الولد حمل إلى القافة، فإن ألحقوه بأحدهما لحق به وكانت الأمة منه، فإن مات الولد قبل ذلك فالأمة من البائع على كل حال إلا

يريد: الشيخ مع كراهة؛ لقولها[1]: أكره أن توضع على يد المشتري، وغيره أحب إليّ منه، وإن فعلا أجزأهما.

ولا خصوصية لما ذكر الشيخ لما في «كتاب محمد»: مثل ذلك إذا وضعت على يد البائع.

قال اللخمي: وعلى قول أصبغ يمنع الوجهان؛ لأن المشتري قد يستأهل فيها لعقد بيعه فيصيبها قبل الاستبراء، وكذلك البائع؛ لأنها في ضمانه، وهذا إذا كان كل منهما مأمونًا، وأما غير المأمون فلا يجوز بحال.

قوله: (وإذا وطئ الأمة بائعها ومشتريها في طهر فأتت بولد لستة أشهر فصاعدًا نظر إليه القافة فبأيهما ألحقوه ألحق به، فإن ألحقوه ببائعها انفسخ بيعها، وإن ألحقوه بمشتريها تم بيعها).

اختلف في قبول القائف الواحد على ثلاثة أقوال تقدمت:

فقيل: يقبل إن كان عدلًا، قاله ابن القاسم في «نوازل سحنون».

وقيل: لا يقبل قوله إن لم يوجد معه مثله. قاله مالك.

وقيل: يقبل قوله وإن لم يكن عدلًا قياسًا على أصولهم في قبول قول النصراني فيما

---

(١) «التهذيب» (٢/ ٤٦٩).

أن يلحقه القافة بالمشتري، فإن ألحقوه بهما جميعًا، فالأمة بينهما ومصيبتها بينهما.

وإن كانت باقية مُنعَا من وطئها وعُجِّلَ عِتْقُها وتنكح من شاءت منها جميعًا ومن غيرهما بعد استبراء رحمها.

❁ ❁ ❁

يحتاج إليه في أحكام الطب قاله ابن رشد قائلًا(١): وقد روى ابن وهب: القضاء بقول الواحد غير مشترط عدالته.

قلت: قال بعض شيوخنا(٢): يريد مع سلامته عن تطرقات الكذب .

❁ ❁ ❁

---

(١) «البيان» (١٠/ ١٢٦).

(٢) «مختصر ابن عرفة» (١٠/ ٤٢٩) .

باب: بيع البراءة

فصل: في بيع البراءة:

ولا يجوز بيع شيء من العروض والسلع بالبراءة من العيوب إلا عيبًا معينًا، ولا بأس ببيع الرقيق العبيد والإماء بالبراءة من العيوب، ويبرأ منها إلا ما علمه البائع فكتمه فإنه لا يبرأ منه إلا أن يسميه ويعينه ويوقف المشتري عليه.

باب: بيع البراءة

قوله: (باب بيع البراءة.

قال: ولا يجوز بيع شيء من العروض ولا السلع بالبراءة من العيوب إلا عيبًا معينًا).

«العروض» أعم من «السلع» فهو من باب عطف الخاص على العام.

قوله: (ولا بأس ببيع الرقيق والعبيد والإماء بالبراءة من العيوب إلا ما علمه البائع فكتمه فإنه لا يبرأ منه إلا أن يسميه ويعينه ويقف المشتري عليه).

يتعارض مفهوم هذه والتي فوقها في البراءة من الحيوان غير الرقيق والعمل على مفهوم هذه فلا تجوز البراءة منه .

والحاصل: أن غير الرقيق لا تجوز البراءة منه، وهو نصها[1] مع «الموازية».

قال المتيطي: وعليه العمل وبه الفتوى، وبه قال جمهور أصحاب مالك.

وقيل: تفيد في كل شيء من عرض وغيره واستقرأ منها.

وقيل: ما عدا الحمل الخفي من الرائعة إذ لا يصح البراءة منه لعظم الخطر.

وقيل: عكسه، وتأوله اللخمي عليها.

وقيل: يفيد الحيوان مطلقًا، وهو نص «الموطأ»[2].

وقيل: تفيد من السلطان خاصة.

وقيل: تفيد من الورثة لقضاء دين وشبهه.

وقيل: فيما طالت إقامته عند بائعه، واختبره، وتأول عليها.

---

(١) «التهذيب» (٢/ ٤٦٣).

(٢) «الموطأ» (٢٢٧٥).

فصل: في مال العبد عند بيعه:

من باع عبدًا وله مال فماله للبائع إلا أن يشترطه المبتاع، فإن اشترطه المبتاع تبع العبد وأقرَّ في يده إلا أن ينتزعه مشتريه، وسواء كان ماله عينًا أو عرضًا أو دينًا.

وقيل: تفيد في كل شيء إذا كان العيب تافهًا غير مضر فهذه سبعة أقوال.

قال عياض[1]: المسألة فيها عشرة أقوال لمالك وأصحابه.

قال ابن عبد السلام: ويظهر أن في بعضها التكرار، وكذلك في نقل ابن رشد[2].

قوله: (**من باع عبدًا وله مال فماله للبائع إلا أن يشترطه المبتاع، فإن اشترطه المبتاع تبع العبد وأقر في يديه إلا أن ينتزعه مشتريه، وسواء كان له مال عينًا أو عرضًا أو دينًا**).

ظاهر كلام الشيخ: إذا كان ماله عينًا يجوز أن يشترطه المبتاع ويشتريه بالعين، وهو كذلك، واختار اللخمي منعه، وهو الصواب.

وتوجيه الأول بالتبعية ضعيف؛ لأن كل عاقل يفرق بين العبد بدون ماله وبماله.

وقال شيخنا أبو مهدي - رحمه الله تعالى-: ولو اشترى العبد أولًا ثم أراد شراء ماله:

فقيل: يجوز شراء ماله كشرائه معه.

وقيل: لا، وقيل: بالأول مع القرب، وبالثاني مع البعد.

قال ابن رشد[3]: ورجعت عن جعل الثالث مفسرًا للأولين وأن الخلاف في القرب لا البعد إلى كون الأقوال ثلاثة.



---

(١) «التنبيهات» (٣/ ١٣٧٢).

(٢) «البيان» (٤/ ٨٩).

(٣) «المقدمات» (٢/ ٣٤١).

باب: التفرقة في البيع بين الأمة وولدها

فصل: في التفرقة في البيع بين الأمة وولدها:

ولا يجوز أن يفرق بين الأمة وولدها في البيع، ولا بأس أن يفرق بين العبد وولده.

باب: التفرقة في البيع بين الأمة وولدها

قوله: (باب التفرقة بين الأمة وولدها في البيع
ولا يجوز أن يفرق بين الأمة وولدها في البيع).

ما ذكر من عدم الجواز هو المعروف، ووقع فيها[(١)] ما يوهم جوازه، وذلك قولها في «كتاب المرابحة» في الجارية التي ولدت عنده لا يبيعها مرابحة ويحبس ولدها إلا أن يبين.

واعترضها فضل وقال: هي من بيع التفرقة، وللناس في ذلك تأويلات:

أحدها: لعله أعتق الولد.

الثاني: لعله بلغ حد التفرقة.

الثالث: لعله مات.

الرابع: [لعله][(٢)] على تأويل ابن القاسم على مالك في «العتبية» أنه رجع إلى إجازة بيع التفرقة، وقد وَهَّمُوه في هذا التأويل.

الخامس: أن يكون برضا الأم على أحد القولين.

السادس: أن يكون إنما تكلم على أحكام بيع المرابحة، ولم يتعرض للكلام على التفرقة فلم يتحرز منها.

ويريد الشيخ «بالأم» أم النسب، وأما من الرضاع فلا.

ولا خصوصية لذكره «البيع» بل وكذلك الهبة وشبهها، وهي جائزة في العتق وشبهه كالكتابة.

قوله: (ولا بأس أن يفرق بين العبد وولده).

---

(١) «التهذيب» (٣/ ٣٠٩).

(٢) سقط من ب.

ومن باع أمة دون ولدها أو باع ولدها دونها فبيعهما باطل، وإن أجاب المشتري إلى الجمع بينهما.

والحد الذي لا تجوز فيه التفرقة بين الأمة وولدها مختلف فيه عند مالك، فقيل: الإثغار، وقيل: البلوغ، والأول أصح وأظهر.

ما ذكره هو المشهور.

واختار اللخمي: إلحاق الأب بالأم كقول بعض علماء المدينة، والاتفاق على أنه لا [يجزيها][(١)] فيها غيرهما.

قوله: (**ومن باع أمة دون ولدها أو باع ولدها دونها [فبيعه][(٢)] باطل وإن أجاب المشتري إلى الجمع بينهما**).

يعني: ويعاقبان، وهذا قول مالك.

وقال سحنون: إلا أن يجمعاهما في ملك.

وهذا قولها في «كتاب التجارة»[(٣)] بأرض الحرب.

قال المازري[(٤)]: وهو المشهور.

وقيل: لا يفسخ، ويؤمران بالجمع بينهما وإلا بيعا معًا. قاله محمد.

ويريد الشيخ إذا عثر على ذلك في زمن حد التفرقة، [وأما إذا مضى حد التفرقة ثم اطلع على التفرقة][(٥)] فإنه لا يفسخ لتصريح المتيطي بذلك عن محمد.

قوله: (**والحد الذي لا يجوز معه التفرقة بين الأمة وولدها مختلف فيه عن مالك؛ فقيل: الإثغار. وقيل: البلوغ، والأول أصح وأظهر**).

الأول: هو قوله في «كتاب التجارة» منها بزيادة: ما لم يعجل به، ففي كلام الشيخ

---

(١) في أ: يلحق.

(٢) في أ: فبيعهما.

(٣) «المدونة» (٣/ ٣٠٣).

(٤) «شرح التلقين» (٢/ ٥٧٠).

(٥) سقط من ب.

ولا يفرق بين الأمة المسبية وولدها، ويقبل في ذلك قولها.

❁ ❁ ❁

[بترٌ][(١)] لذلك.

والثاني: رواه ابن غانم.

وقيل: سبع سنين، قاله ابن حبيب.

وقيل: عشر سنين، قاله ابن وهب والليث بن سعد.

وقيل: باستغنائه عن أمه ومعرفته ما يؤمر به وينهى عنه، قاله ابن القاسم.

ولا يفرق بينهما وإن بلغ، نقله ابن يونس[(٢)] عن ابن عبد الحكم، وظاهره التأييد، وصرّح به اللخمي، وأبعده المازري[(٣)].

ووجهه ابن يونس بعموم الحديث.

قوله: (ولا يفرق بين الأمة المسبية وولدها ويقبل في قولها).

يعني ولا يتوارثان لقولها[(٤)]، وإذا قالت امرأة من السبي: هذا ابني لم يفرق بينهما، وكذلك جاء الأثر ولا يتوارثان.

❁ ❁ ❁

---

(١) في ب: تبر.

(٢) «الجامع» (٤/ ٤٤٥).

(٣) «شرح التلقين» (٢/ ٩٨١).

(٤) «التهذيب» (٣/ ٢٥٨).

باب: في البيع الفاسد

فصل: في البيع الفاسد:

ومن اشترى شيئًا بيعًا فاسدًا، فسخ بيعه، ورد المبيع على بائعه، والثمن على مشتريه.

فصل: في فوت المبيع الفاسد في يد المشتري:

فإن فات في يد المشتري ضمنه ووجب عليه رد مثله إن كان مما له مثل، أو ردّ قيمته إن كان مما لا مثل له، ....

باب: في البيع الفاسد

قوله: (باب في البيع الفاسد:

ومن اشترى شيئًا بيعًا فاسدًا فسخ بيعه ورد البيع على بائعه، والثمن على المشتري).

يريد «بالفاسد»: ما كان حرامًا، وَصَرَّحَ ابن رشد[(١)] باندراج المكروه في الفاسد.

وقال بعض شيوخنا[(٢)]: إن عنى «بالفاسد» ما نهي عنه فقط فمندرج، وإن عنى به [ذلك] مع سلب خاصية الصحيح فغير مندرج.

قوله: (**فإن فات في يد المشتري ضمنه ووجب عليه رد مثله إن كان مما له مثل أو رد قيمته إن كان مما لا مثل له**).

ما ذكره هو المشهور.

وقيل: إن الضمان من البائع إن قامت على هلاكه بينة، قاله ابن القاسم في سماع أبي زيد في «جامع البيوع».

وقيل: إن كان البيع متفق على تحريمه فمصيبته من البائع وهو في يد مشتريه كالرهن، قاله سحنون، في نقل المازري[(٣)]:

---

(١) «مسائل ابن رشد» (٢/ ٩٢٢).

(٢) «مختصر ابن عرفة» (٩/ ٧) .

(٣) «شرح التلقين» (٣-٢/ ٤٦٢).

والفوت والعتق، والموت، وحوالة الأسواق وحدوث العيوب من المبيع الفاسد فوت، والبيع في المبيع الفاسد فوت.

فصل: في استعمال المبيع الفاسد من المشتري:

وإذا استعمل المشتري المبيع بيعًا فاسدًا أو استعمله ثم رده لم يكن عليه شيء في الاستعمال ولا في الاستغلال.

وقيل: يضمنه المشتري بالتمكين أو بنقده الثمن كقبضه، قاله أشهب.

فتحصل أربعة أقوال.

قال ابن رشد(١): والمثلي المكيل والموزون، والمعدود الذي لا تختلف أعيان عدده كالجوز والبيض، وما عداه من ذوات القيم.

قوله: (**والفوت الموت، والعتق وحوالة الأسواق، وحدوث العيوب، [والبيع في المبيع]**(٢) **الفاسد فوت، وإذا استغل المشتري في المبيع بيعًا فاسدًا واستعمله ثم رده لم يكن عليه شيء في الاستعمال ولا في الاستغلال**).

ما ذكره في تغير السوق هو المشهور.

وقيل: إنه غير مفيت، حكاه ابن عبد البر في «كافيه»(٣)، قال: في الفوت بتغير الأسواق اختلف عن مالك وأصحابه.

ويريد الشيخ: أن ذلك معتبر في العروض والحيوان كما في الربع، خلافًا لابن وهب أنه معتبر في الربع كغيره،وهذه أحد المسائل الأربع التي يفيتها تغير الأسواق.

واختلف في المتبايعين وبيع العرض بالعرض إذا استحق أحدهما فالمستحق من يده العرض يرجع في عين شيئه ما لم يفت بحوالة سوق فأعلى فيرجع بقيمته وبيع المرابحة [وفيها](٤) يقول بعضهم:

---

(١) «البيان» (٧/ ١٤٧).

(٢) في ب: البيع الفاسد .

(٣) «الكافي» (٢/ ٧٢٤).

(٤) في ب: وفيه .

فصل: في البيع المكروه:

ومن ابتاع بيعًا مكروهًا استحببنا له فسخه قبل فوته، وألزمناه البيع بعد فوته.

❁ ❁ ❁

وأربعة تفوت إذا استحالت	فأولها المبيع إذا اختلفت
وعرض فيه عرض من مبيع	وبيع فاسد مع ما ربحت

قوله: (ومن ابتاع سلعة بيعًا مكروهًا استحببنا له فسخه قبل فوته وألزمناه البيع بعد فوته).

أراد بالاستحباب على ظاهره، ولذلك يجب حمل قوله: «بعد فوته» بأنه طردي، وبأنه أراد بإمضاء البيع، أي: بالثمن [وهو بَيِّن][1].

قوله: (ولا بأس ببيع البرنامج إذا كانت فيه الصفات التي تكون في السلعة، فإن وجد المشتري ما اشتراه على صفته لزمه بيعه ولم يكن له خيار عند رؤيته، وإن خالف صفته فهو في الخيار في قبوله أو رده).

أراد بـ «**لا بأس**» صريح الإباحة لتصريحها[2] بالجواز، وروي عن مالك منعه. وسبق الخلاف في الساج المدرج في جرابه، فإذا جمعت الفرعين جاءت الأقوال ثلاثة:

ثالثها: [قولها[3]:][4] يجوز بيع الأعدال على البرنامج بخلاف الساج، فرق بينهما عمل الماضين.

يعني: عمل الصحابة. رضي الله عنهم.

وَفَرَّق ابن حبيب وغيره بكثرة ثياب الأعدال وعظم المؤنة في فتحها ونشرها ويسارة النظر إلى الساج.

❁ ❁ ❁

---

(١) زيادة من ب.

(٢) «المدونة» (٣/ ٢٥٧)، و«التهذيب» (٣/ ٣٣٠).

(٣) «المدونة» (٣/ ٢٥٩).

(٤) سقط من ب.

باب: بيع المرابحة

فصل: في بيع المساومة والمرابحة:

ولا بأس بالبيع مساومة ومرابحة ومن باع مرابحة فإنه يحسب في أصل الثمن كل ما له تأثير مثل الخياطة والقصارة والصبّغ والطرز، ولا يحسب في ذلك طيًّا ولا شدًّا ولا سمسرة ولا كراء بيت، ....

باب: بيع المرابحة

قوله:(باب بيع المرابحة

قال: ولا بأس بالبيع مرابحة ومساومة).

لا خصوصية لما ذكر بل وكذلك بيع المزايدة وبيع الاسترسال والاستئمان.

وسمع عيسى ابن القاسم: من قال لبائع: بعني كما تبيع من الناس، فإنه لا [يصح][(١)] ويفسخ إن كان قائمًا، ويرد مثله إن كان مثليا، وإلا رد قيمته، وعلى المشهور فاختلف هل لا يكون بيع الاسترسال إلا في المشتري أو فيه؟ وفي البائع قولان لابن حبيب وغيره وهو الصحيح، قاله ابن رشد في أول «المرابحة»[(٢)] وآخره.

وكذلك مال المازري لمنع بيع المرابحة إن افتقر إلى فكرة حسابية.

قوله: (ومن باب مرابحة فإنه يحسب في أصل الثمن كل ما له تأثير في العين مثل الخياطة، والقصارة، والصبغ، والطرز).

ما ذكره في الثلاثة الأول هو نصها[(٣)]، وما ذكره في «الطرز» هو نص «الواضحة»، وزاد فيها: الكمد والفتل، ولذلك قال الشيخ: مثله.

قوله: (ولا يحسب في ذلك طيًّا ولا شدًّا ولاسمسرة ولا كراء [بيت][(٤)]).

ما ذكر مثله فيها.

---

(١) في ب: يصلح .

(٢) «المقدمات» (٢/ ١٢٥) .

(٣) «المدونة» (٣/ ٢٣٨).

(٤) في أ: بيته .

ويحسب نقل المتاع من بلد إلى بلد ولا يحسب له ربحًا إلا أن يبين ذلك للمشتري فيربحه فيه بعد علمه.

فصل فيمن باع سلعة مرابحة ثم أخبر أن ثمنها أقل مما ذكره أولاً:

ومن باع سلعة مرابحة ثم أخبر أن ثمنها أقل مما ذكره أولاً، وأنه غلط فيه أولاً، ولم يرض بالربح الأول فإن تراضيا والمشتري على شيء جاز، وإلا فسخ البيع، وإلا أن تفوت السلعة في يد مشتريها فتلزمه قيمتها ما لم ينقص من رأس ماله الذي يرجع إليه، والربح على حسابه ما لم يرد على الثمن الذي وافقه عليه أولاً.

ابن محرز: ألغى الشد والطيَّ لأن الغالب أن رب المتاع يلي ذلك بنفسه، [و][1] لو علم أنه أمر يحتاج إلى النفقة لحسب كالنفقة على الحمل وعلى الرقيق، ولا يحسب له ربح، وظاهرها في السمسار مطلقًا، وهو كذلك في «الموطأ»[2].

وقيل: إن افتقر إليه المشتري فهو كالثمن، قاله عبد الوهاب[3] وابن محرز.

وقيل: يحسب في الثمن ولا يضرب له ربح، قاله أبو محمد[4]، وابن رشد[5].

قوله: (**ويحسب نقل المتاع من بلد إلى بلد، ولا يحسب له ربحًا إلا أن يبين ذلك للمشتري فيربحه فيه بعد علمه به.**

ومن باع سلعة مرابحة ثم أخبر أن ثمنها أقل مما ذكره أولًا، وأنه غلط في ذلك ولم يرض بالربح الأول، فإن تراضى هو والمشتري على شيء جاز، وإلا فسخ البيع إلا أن تفوت السلعة في يدي مشتريها، فتلزمه قيمتها ما لم تنقص عن رأس ماله الذي رجع إليه، والربح على حسابه ما لم يزد على الثمن الذي وافقه عليه أولًا.

---

(١) سقط من ب.

(٢) «الموطأ» (٢٤٦٤).

(٣) «المعونة» (٢/ ١٠٧٥).

(٤) «النوادر» (٦/ ٣٤٦).

(٥) «البيان» (٧/ ٣١٦).

فصل: فيمن باع سلعة مرابحة، ثم أخبر أن ثمنها أكثر مما ذكره أولاً:

وإذا ذكر أن ثمنها أكثر مما أخبره به أولاً، لم يقبل قوله فيه إلا ببينة.

فإن قامت له على ذلك بينة والسلعة قائمة، فإن تراضيا عليها هو والمشتري على شيء بينهما جاز ذلك، وإلا فسخ البيع، فإن فاتت السلعة في يد مشتريها ضمن قيمتها ما لم تزد على الثمن الذي أخبره به أولاً وربحه بحسابه ما لم ينقص عن الثمن الذي أخبره به أولا وربحه بحسابه .

(تم كتاب البيوع، والحمد لله)

❁ ❁ ❁

وإن ذكر أن ثمنها أكثر مما أخبر به أولًا لم يقبل قوله إلا ببينة، فإن قامت على ذلك بينة والسلعة قائمة فإن تراضى هو والمشتري على شيء بينهما جاز ذلك وإلا فسخ البيع، فإن فاتت السلعة في يدي مشتريها ضمن قيمتها ما لم تزد على الثمن الذي أخبر به ثانيًا وربحه على حسابه، وما لم تنقص عن الثمن الذي أخبر به أولًا وربحه وحسابه).

ما ذكر مثله فيها(١) فأطلقه غير واحد كابن يونس.

وقال اللخمي: لأن النقل من بلد إلى بلد أعلى يزيد في الثمن، ولو كان سعر البلدين واحدًا لم يحسب، ولو كان [سعر](٢) البلد المنقول إليه أرخص، وأسقط الكراء لم يبع حتى يبين.

قال بعض شيوخنا(٣): وأراد بقوله: [«أعلى»](٤) أن النقل للتجر مظنة لذلك، ولا يبطل اعتبار المظنة بفوت الحكمة على المعروف.

❁ ❁ ❁

---

(١) «التهذيب» (٣/ ٢٠٦).

(٢) في أ: سفر .

(٣) «مختصر ابن عرفة» (٩/ ١٣٣) .

(٤) في أ: أغلى .

كتاب الإجارة

باب: في إجارة الدور والأرضين

فصل: في الإجارة الجائزة والإجارة الممنوعة:

قال مالك ـ يرحمه الله: ولا بأس بإجارة الدور، والأرضين والحوانيت، والدواب، والرقيق، والعروض.

كتاب الإجارة

باب: ما يجوز في الإجارة وما لا يجوز

قوله: **(قال مالك رحمه الله تعالى: ولا بأس بإجارة الدور والأرضين والحوانيت والدواب والرقيق والعروض)**.

قال ابن المواز: الإجارة جائزة بإجماع.

ابن يونس[(١)]: وخلاف الأصح فيها[(٢)] لغو لأنه مبتدع.

وإطلاق الشيخ الإجارة على ما لا يعقل مجاز كقولها[(٣)]: يجوز أن يستأجر طريقًا في دار رجل أو مسيل مصبّ مرحاض.

واختلف في إجارة الأشجار لتجفيف الثياب على قولين حكاهما ابن شاس[(٤)]، وتبعه ابن الحاجب[(٥)]، وقَبِلَه ابن عبد السلام وابن هارون.

والقول بالمنع لم يعرفه بعض شيوخنا[(٦)]، ويؤخذ الجواز من قولها[(٧)]: ولا بأس بإجارة الحائط لحمل خشبة له أو لبناء سترته عليه كل شهر بكذا.

ويريد الشيخ بقوله: «**والعروض**» إذا كانت تعرف بعينها، وأما ما لا تعرف عينه

---

(١) «الجامع» (٥/ ١٩٧).

(٢) «المدونة» (٣/ ٤٨١).

(٣) «التهذيب» (٣/ ٣٤٩).

(٤) «عقد الجواهر» (٣/ ٩٢٥).

(٥) «جامع الأمهات» (ص/ ٤٣٦).

(٦) «مختصر ابن عرفة» (١٢/ ١٥٤).

(٧) «التهذيب» (٣/ ٤٨٥).

ولا تجوز إجارة الدنانير والدراهم، وإجارتها قراضها والأجرة عن مستأجرهما ساقطة، وإنما يجوز فيها القرض.

فصل: في إجارة الدور والحوانيت مشاهرة:

ولا بأس بإجارة الدور، والحوانيت مشاهرة، وإن لم يقدر للإجارة مدة معلومة، ولا بأس بإجارتها مدة معلومة.

كالقدور يصيبها الدخان فإنه لا يجوز كراؤها لتصريح ابن العطار بذلك في «وثائقه»، وارتضاه ابن فتوح، وعليه يحمل قول «جعلها»[1]: تجوز إجارة الآنية والقدور والصِّحَاف [فيريد][2] إذا كانت تُعرف بعينها.

قوله: (ولا تجوز إجارة الدنانير والدراهم، وإجارتها قراضها، والأجرة عن مستأجرهما ساقطة).

ظاهر كلامه: وإن كانت لتزيين الحوانيت وهو كذلك عند ابن القاسم.

وأجازه أبو بكر الأبهري وابن القصار إن كان المالك حاضرًا معه.

وتعقبه بأنه غرر وخديعة.

وأجيب بأنه كذلك في لبس الثياب الرفيعة، وفي «الخيار» منها[3]: لا تجوز إجارة ما لا يعرف بعينه من طعام أو إدام أو نحوه.

قوله: (ولا بأس بإجارة الدور والأرضين والحوانيت مشاهرة وإن لم يقدر الإجارة على مدة معلومة ولا بأس بإجارتها على مدة معلومة).

لا مفهوم لما ذكر، بل وكذلك الرقيق وغيره.

وظاهره: وإن لم يسم ما يعمل فيها، وهو كذلك لقول «التهذيب» وابن يونس عنها[4]: لا بأس بكراء حانوت لا يسمي ما يعمل فيه، وله أن يعمل فيه حدادًا أو قصارًا إن لم يضر بالبناء.

وقال غيره: إذا كانت الأعمال بعضها أضر من بعض وأكثر كراء لم يجز إلا على شيء معروف.

---

(١) «التهذيب» (٣/ ٣٥٢).

(٢) في أ: فيرد.

(٣) «التهذيب» (٣/ ١٧٥).

(٤) «التهذيب» (٣/ ٤٨٣).

ومن استأجر مشاهرة فله أن يخرج متى شاء، ويلزمه من الكراء بقدر ما مضى من المدة، ولرب العقار أن يخرجه متى شاء، ولا يلزمه أن يدفع كراء الشهر كله.

وقال مالك: يلزمه في المشاهرة كراء شهر واحد، وإن استأجر مدة معلومة لزمه كراء المدة كلها سكن أو لم يسكن.

وفي «**رواحلها**»(١): من اكترى دابة ولم يسم ما يحمل عليها لم يجز إلا من قوم عُرِف حملهم، فذلك لازم على ما عرفوا من الحمل.

قال غيره: لو سمى حمل طعام أو بز أو عطر جاز وحملها [قدر](٢) حمل مثلها.

قال أبو إبراهيم: خالف كل منهما قوله في الكتابين.

وأجاب غيره عن ابن القاسم: بأن الحيوان أسرع تأثيرًا للتغيير من المبني.

وعن الغير: بأنه يلزم أن لو ثبت اتحاده في الكتابين وإثباته متعسر.

قوله: (**ومن استأجر مشاهرة فله أن يخرج متى شاء ويلزمه من الكراء بقدر ما مضى من المدة، ولرب العقار أن يخرجه متى شاء ولا يلزمه أن يدفع كراء الشهر كله. وقال [مالك](٣): يلزمه في المشاهرة كراء شهر واحد**).

القول الأول هو قول ابن القاسم في سماع عيسى، [فرقه](٤) في كراء الدور والإبل والغلمان.

وقول ابن الماجشون به قال مطرف، وصوب بأنهما أوجبا بينهما عقدًا لا خيار فيه فوجب حمله على أقلِّ المسمى، وخرج القولان في كرائها ما فات.

قوله: (**ومن استأجر مدة معلومة لزمه كراء المدة كلها سكن أو لم يسكن**).

---

(١) «التهذيب» (٣/ ٤٤٢).

(٢) في أ: قد.

(٣) في الأصول: عبد الملك، وفي «الكافي» (٢/ ٧٤٦) منسوب هذا القول لعبد الله بن عبد العزيز، والمثبت هو الصواب؛ فإن هذا القول هو أحد قولي مالك في هذا المسألة، وهو قول شاذ، فإن مذهب ابن القاسم وروايته عن مالك في «المدونة»: أن هذا غير لازم. «شرح المنهج المنتخب» (٢/ ٥٧٧)

(٤) في أ: وفرضه.

فصل: متى يلزم دفع الأجرة:

ولا تلزم الأجرة في الإجارة بمجرد العقد، وإنما تلزمه بمضي المدة إلا أن تكون لهم سنة فيحملون عليها أو يشترط المؤاجر على المستأجر تقديم الأجرة فيلزمه تقديمها.

يريد: كما إذا قال: أكريك هذه السنة أو هذا الشهر أو سنة كذا، وما ذكره متفق عليه.

قوله: (**ولا تلزم الأجرة في الإجارة بمجرد [العقد]**[١]، **وإنما تلزم بمضي المدة إلا أن تكون له سنة فيحملون [عليها أو اشترط المؤجر]**[٢] **على المستأجر تقديم الأجرة فيلزمه تقديمها بالشرط**).

يعني: أن الصانع لا يستحق الأجرة عند الإطلاق إلا بعد تمام العمل، وهذا هو المنصوص.

[وَخُرِّجَ قول بأنه يأخذ بحساب ما عمل من قول ابن المواز في الصانع يضمن المصنوع][٣] بصنعته ويأخذ الأجرة بكمالها.

وتعبير الشيخ «بالأجرة» يدل على ما فسرت به كلامه، «وأما من اكترى دارًا أو حيوانًا فإنه يأخذ بحساب ما سكن»، قاله فيها[٤]، وأراد سكونًا معتبرًا.

وقول ابن القصار: «أخذ مناب كل يوم بأجره» و[تبعه][٥] ابن الحاجب[٦] خلاف ما دل عليه قولها على ما ذكرنا، وإن حمل [قولها] [٧] على ظاهره كان وفاقًا.

---

(١) في ب: القول .

(٢) في م : عليه أو يشترط المؤاجر .

(٣) سقط من ب .

(٤) «التهذيب» (٣/ ٤٤٢).

(٥) في ب: تبع .

(٦) «جامع الأمهات» (ص/ ٤٣٦).

(٧) في أ: قوله.

فصل: في سقوط الكراء:

ومن استأجر داراً فانهدمت أو انحرفت أو غصبه عليها غاصب لم تلزمه إجارتها.

ومن استأجر أرضًا فغرقت سقط عنه كراؤها.

فصل: في لزوم الكراء دون حصول المنفعة:

فإن زرعها وأمكنه شربها فلم ينبت زرعها، لم تسقط عنه أجرتها، وإن زرعها فسرق زرعها، لم تسقط عنه أجرتها.

قوله: (ومن استأجر دارًا فانهدمت أو احترقت أو غصبه عليها غاصب لم تلزمه أجرتها).

يريد: سواء غصب [رقبة][1] الدار أو منفعتها، وإنما فسرنا كلام الشيخ بذلك لأنه قول مالك.

وقال سحنون: المصيبة من المكتري.

وقال ابن حارث: إن غصب الرقبة فالأول،وإن غصب المنفعة فالثاني.

وظاهر كلام ابن يونس[2]: أن هذا الخلاف مقصور على ما إذا غصبت المنفعة أو الرقبة بعد قبض المكتري إياها، وأما لو كان ذلك قبل القبض فتكون الجائحة والمصيبة من المكري لأن المكتري لم يتمكن من القبض.

قوله: (ومن استأجر أرضًا فغرقت سقط عنه كراؤها).

ظاهره: أعم من أن تكون غرقت قبل الحرث أو بعده، وهو كذلك؛ إلا أنه لا خصوصية للغرق؛ لقول اللخمي: هلاك الزرع إن كان لقحط المطر أو تعذر ماء البئر أو العين أو لكثرة نبوع ماء الأرض أو الدود أو فأر سقط كراء أرضه كان هلاكه في الإبان أو بعده.

قوله: (وإن زرعها وأمكنه شربها فلم ينبت زرعها لم تسقط عنه أجرتها، فإن زرعها فسرق زرعها لم تسقط عنه أجرتها).

---

(١) في أ: ربه .

(٢) «الجامع» (٥/ ١٩٨) .

وكذلك إن أصاب الزراع جائحة من غير جهة الشرب لم تسقط عنه أجرها.

فصل: في دفع الأجرة على العارية والإجارة المضمونة:

ومن استاجر شيئًا بعينه بنقد أو نسيئة، فلا بأس به، ومن استأجر إجارة مضمونة فليكن نقده مع عقده.

ما ذكره بيّن لتفريطه.

ويقوم من هنا: أن من اكترى أرضًا بعد ريها واشتغل بحرث غيرها وحرثها في آخر إبان الحرث فلم يأت فيه إلا بذر يسير لتأخير المطر.

ولو حرثها بدريا لجاء زرعها طيبًا كما جاء زرع غيره فإنه يلزمه الكراء لتفريطه.

ووقعت قرب كتبي لهذا الموضع وأنا قاض ببلد الأُرْبُس وحكمت بذلك.

قوله: (**وكذلك إن أصاب الزرع جائحة من غير جهة الشرب لم تسقط عنه أجرتها، ومن استأجر شيئًا بعينه بنقد أو نسيئة فلا بأس به**).

يريد: كما قال اللخمي: إذا هلك لطير أو جراد أو جليد أو برد أو جيش؛ أو لأن الزريعة لم تنبت فإنه يلزمه الكراء.

قوله: (**ومن استأجر إجارة مضمونة فليكن نقده مع عقده**).

يريد: [كراء راحلة][(١)] بغير عينها فإنه يجب تعجيل الأجرة وإلا [وقعا][(٢)] في بيع الكالئ بالكالئ، وكذلك إذا كان العوض في الأجرة معينًا؛ لأنه لو لم يتعجل هذا العرض لأدى إلى فساد العقد لما يلزم عليه من بيع معين يتأخر قبضه وهو باطل.

واختلف قول مالك في مسألة بسبب ضرورة عرضت وهي: فيمن تكارى كراء مضمونًا إلى أجل مثل الحج في غير إبانه:

فقال: يجوز أن يتأخر النقد، ولكن يعجل مثل الدينارين ونحوهما.

وكان يقول: لا ينبغي أن ينقض إلا مثل ثلثي الكراء[إلا في مثل هذا المضمون إلى أجل].

---

(١) في أ: لراحلة.

(٢) في أ: وقعها.

فصل: في الإجارة عند موت أحد المتعاقدين:

من استأجر أجيرًا بعينه مدة معلومة، فمات قبل تمامها، حاسبه بقدر ما مضى من علمه، ولا تبطل بموت أحد المتعاقدين مع بقاء العين المستأجرة.

فصل: في المستأجر يتجاوز الغرض الذي استأجره له:

ومن اكترى دارًا فلا بأس أن يكريها من غيره بمثل أجرتها أو أقل من ذلك أو أكثر.

ثم رجع فقال: قد اقتطع الأكرياء أموال الناس فلا بأس أن يؤخروهم ويعربنونهم الدينار وشبهه(١).

قوله: (ومن استأجر أجيرًا بعينه مدة معلومة فمات قبل تمامها حاسبه بقدر ما مضى من عمله، ولا تبطل الإجارة بموت أحد المتعاقدين مع بقاء العين المستأجرة).

[وكثير](٢) ما يقع التنازع فيه وذلك في الراعي يستأجر الأشهر معينة فيروغ في بعضها ويأتي بعد انقضاء المدة يطلب ما ناب ما عمله من المدة فإن له ذلك بالتقويم.

قال ابن رشد: [والخلاف](٣) فيه.

وهو قصور لقول أبي ميمونة فقيه فاس وغيره: بأنه لا شيء له، حكاه ابن عات في «الطرر»، فذكر القولين.

قال شيخنا أبو مهدي ـ رحمه الله تعالى: والفتوى بالمغرب بقول أبي ميمونة(٤).

قوله: (ومن اكترى دارًا فلا بأس أن يكتريها من غيره بمثل أجرتها أو أقل من ذلك أو أكثر).

---

(١) هذا كله كلام ابن المواز .

(٢) سقط من ب ولعل حذفها أولى .

(٣) في ب: ولا خلاف فيه .

(٤) انظر: «مختصر ابن عرفة» (١٢/ ٣٩٦) .

قلت: وأبو ميمونة هو : دراس بن إسماعيل، من أهل فاس، كان فقيها، حافظًا لمذهب مالك، سمع من عليّ بن عبد الله بن أبي مطر، وتوفي سنة ٣٥٧ هـ . اهـ «تاريخ علماء الأندلس» (١/ ١٧٣) .

ومن استأجر دابة ليحمل عليها شيئاً فحمل عليها غيره فعطبت، فإن كان ما حمله عليها أضر بها مما استأجرها لله ضمن، وإن كان مثله أو أيسر منه فلا شيء عليه.

وكذلك من استأجرها إلى مكان فسار بها إلى غيره أو خالف الطريق فلا شيء عليه إلا أن يكون أبعد من مسافته أو أشق من مسيره، فيلزمه الضمان.

في كلامه بترٌ لقوله: «له أن يكريها من مثله في مثل ما اكتراها له».

قوله: (ومن استأجر دابة ليحمل عليها شيئًا فحمل عليها غيره فعطبت فإن كان ما حمله عليها ضرَّ بها مما استأجرها له ضمنها، وإن كان مثله أو أيسر منه فلا شيء عليه).

وفي كلامه بترٌ أيضًا لقولها[1]: «إن حمل على الدابة أضر مما شرط ضمن لربها إن شاء كراء الفضل أو قيمة الدابة».

ابن يونس[2]: وصفة كراء فضل الضرر أن يقال: كم قيمة كرائها على حمل ما شرط حمله فيقال: عشرة، ويقال: كم قيمة كرائها على حمل ما حمل فيقال: خمسة عشر، فيكون له الكراء الأول المسمى وزيادة خمسة.

وقد قال بعض شيوخنا[3]: يكون له قيمة الكراء الثاني ما بلغ ويسقط الأول.

وليس بصواب؛ لأنه ربما تغابنوا في الكراء حتى يكون قيمة الذي هو أضر أقل من المسمى أو مثله في الذي هو أخف.

قوله: (وكذلك إن استأجرها إلى مكان فسار بها إلى غيره أو خالف الطريق فلا شيء عليه إلا أن تكون أبعد من مسافته أو أشق من مسيره فيلزمه الضمان).

كلامه يقتضي: أنه جائز ابتداء فيما لا يضر إذ لو لم يجز لكان متعديا فيضمن، وهو أحد الأقوال الثلاثة.

---

(١) «التهذيب» (٣/ ٤٤٧).

(٢) «الجامع» (٥/ ١٩٩).

(٣) «مختصر ابن عرفة» (١٢/ ٢٨٢).

فصل: فيمن استأجر أرضًا ليزرعها شيئا بعينه فزرعها غيره:

ومن استأجر أرضًا ليزرعها شيئا بعينه فزرعها غيره ممن هو مثله فلا شيء عليه، ولا يجوز أن يزرعها من هو أضر بها منه، فإن فعل ذلك فعليه الكراء الأول وما بين الكراءين.

وقيل: ليس له صرفها لغيره وإن ساواه في المسافة والسهولة والصعوبة إلا بإذن المكري.

وقيل: لا يجوز وإن رضيا؛ لأنه فسخ دين في دين إلا بعد صحة الإقالة، وكلاهما لابن القاسم وغيره، فيها.

واختلف إذا أكراها للركوب بالحضر:

فقيل: يجوز نقلها ليحمل عليها أو ليسافر عليها. قاله أشهب.

وقيل: لا، قاله ابن القاسم.

وقيل: يجوز فيما قلّ كاليومين، قاله سحنون.

قوله:(ومن استأجر أرضًا ليزرعها شيئًا بعينه فزرعها غيره مما هو مثله فلا شيء عليه، ولا يجوز أن يزرعها من هو أضر بها منه، فإن فعل ذلك فعليه الكراء الأول وما بين الكراءين).

قال فيها[1]: الشعير أضر من القمح.

قال المتيطي: وقولنا: «يزرعها من شاء» إذن من ربها لا كلام له بعد، ولو قال: «تزرعها» وسكت عما يزرعه.

قال محمد: جاز ولا يزرع إلا ما يشبه أن يزرع في مثلها.

قلت: وعزاه ابن فتوح لابن القاسم، ونقل عن غيره أنه: لا يجوز الكراء حتى يسمي ما يزرع فيها.

وما ذكر الشيخ فيما يكون لربها هو المشهور وقيل: له كراء المثل، قاله عبد الوهاب[2]، نقله المتيطي.

---

(١) «التهذيب» (٣/ ٥٠٢).

(٢) «المعونة» (٢/ ١٠٩٨).

فصل: فيمن استأجر دابة لنفسه فأكراها لغيره:

ومن استأجر دابة ليركبها فأراد أن يكريها غيره ممن هو مثله في خفته وحذقه بالمسير ففيها روايتان: الأولى: جواز ذلك. والأخرى: منعه.

❋ ❋ ❋

قوله: (ومن استأجر دابة ليركبها فأراد أن يكريها غيره ممن هو مثله في خفته وحذقه بالسير ففيها روايتان:

إحداهما: جواز ذلك.

والأخرى: منعه).

في كلامه مخالفة لما فيها من وجهين:

أحدهما: لا بد أن يكون أمينًا مثله.

الثاني: أن تعبيره بالمنع ظاهره التحريم وليس كذلك، ونصها[1]: «ومن اكترى دابة ليركبها فحمل مثله في الخفة والأمانة لم يضمن، وإن كان أثقل أو غير أمين ضمن، فإن ادعى غير المأمون تلفها لم يضمنها إلا بسبب أو يتبين كذبه، وضمنها الأول لتعديه».

وأكره أن يكري من غيره، وأما في موته فلوارثه حمل مثله، وأكثر قول مالك أن له ذلك في الحياة، وألحق فيها الفسطاط بالدار فجعل له كراء من مثله في حاله وأمانته.

ومنعه فيه بخلاف الثوب لاختلاف اللبس والأمانة.

❋ ❋ ❋

(١) «التهذيب» (٣/ ٤٤٦).

باب: الإجارة المجهولة

فصل: فيما لا يجوز في الإجارة:

ولا يجوز أن تكون الأجرة في الإجارة مجهولة ولا غررًا.

وكل ما لا يجوز بيعه فلا يجوز أن يجعل أجرة لشيء من المستأجرات، وكل ما جاز بيعه جاز أن يجعل أجرة في الإجارة، ....

باب: الإجارة المجهولة

قوله: (**باب الإجارة المجهولة**

ولا يجوز أن تكون الأجرة في الإجارة مجهولة ولا غررًا).

سمع ابن القاسم: لا بأس باستعمال الخياط المخالط الذي لا يكاد [يخالفني أستخيطة الثوب][1] دون تسمية أجر فإذا فرغ راضيته على أجره.

ابن رشد[2]: لأن الناس [استأجروه][3] كما يعطى الحجام والحمامي والمنع منه حرج في الدين وغلو فيه، وكره النخعي أن يستعمل الصانع إلا بشيء معلوم، وقاله ابن حبيب.

قوله: (**وكل ما لا يجوز بيعه فلا يجوز أن يجعل أجرة لشيء من المستأجرات، وكل ما جاز بيعه جاز أن يجعل أجرة في الإجارة**).

ما ذكره هو قولها[4] كما سيأتي الآن فعلى هذا لو استأجر السلاخ بالجلد يجوز على الصحيح كما في بيعه.

[وقال ابن شاس: لو استأجر السلاخ بالجلد والطحان بالنخالة لم يجز ليس بجار على الصحيح كما في بيعه][5].

---

(١) في الأصل: «ما استعمله» والمثبت من «النوادر والزيادات» (٧/ ٤٩) .

(٢) «البيان» (٤/ ٤١٧)، و«المقدمات» (٣/ ٦).

(٣) في أ: استجازوه .

(٤) «التهذيب» (٣/ ٤٦٧).

(٥) زيادة من ب.

ولا يجوز أن يستأجر الرجل نسَّاجًا فينسج له غزلاً بنصف الثوب ولا بقيمته، ولا بأس أن يستأجره على نصف الغزل بالنصف الآخر.

فصل: في تأجير الدابة أو الغلام بجزء من المكسب:

ولا يجوز أن يؤاجر الرجل دابته أو غلامه بنصف الكسب،.................

قال بعض شيوخنا[1]: **وقول ابن شاس**[2]: «لو استأجر السلاخ بالجلد، والطحان بالنخالة لم يجز» ليس بجار على الصحيح، وكذلك ما ذكره في النخالة مخالف [لقوله][3][4]: تجوزالإجارة على طحين أردب حنطة بدرهم وقفيز من دقيقه فالنخالة كالدقيق.

قلت: قال شيخنا حفظه الله تعالى: وعصر الزيتون بالفِيتُور[5] كالنخالة.

قوله: (ولا يجوز أن يستأجر الرجل نساجًا ينسج له غزلًا بنصف الثوب ولا بقيمته).

يريد: وكذلك على دفع جلود أو عملها.

قال فيها[6]: إذ لا يدري كيف يخرج ذلك، ولأن ما لا يجوز بيعه لا يجوز أن يستأجر له.

قوله: (ولا بأس أن يستأجره على نسج نصف الغزل بالنصف الآخر).

يريد: إذا عجل له النصف الآخر لتصريحها[7] بذلك.

قوله: (ولا يجوز أن يؤاجر الرجل دابته أو غلامه بنصف الكسب).

ما ذكر من عدم الجواز لا خلاف فيه، وأما لو قال: لك نصف ما تحمل عليها من الحطب أو الماء فإنه جائز، وكذلك لو قال: لي نقلة، ولك نقلة.

---

(١) «مختصر ابن عرفة» (١٢/ ١٢٥).

(٢) «عقد الجواهر» (٣/ ٦٢٦).

(٣) في ب: لقولها.

(٤) «التهذيب» (٣/ ٣٤٥).

(٥) أي: ثفله. «شرح الزرقاني على مختصر الخليل» (٧/ ٩).

(٦) «التهذيب» (٣/ ٣٤٦).

(٧) «التهذيب» (٣/ ٣٤٦).

وإن فعل فلرب الدابة أجرة مثلها وللعامل الكسب كله.

ولو قال رب الدابة للأجير: اعمل لي على دابتي بنصف ما تكسبه عليها، كان الكسب كله رب الدابة، وللعامل أجرة مثله.

ولو قال: ما كسب عليها اليوم لي وما كسب غدًا له، فإنه لا يجوز، قاله محمد في نقل ابن يونس.

ونقل اللخمي عنه ما نصه: إن قال ما تنقل عليها اليوم لي وغدًا لك، فإنه جائز، وليس بخلاف لما فوقه؛ لأنه فرق بين ما تنقل عليها وما تكسب.

الأول راجع للثاني والثاني راجع لما يأتي به عليها.

قوله:(فإن فعل فلرب [الدابة][1] **أجرة مثلها وللعامل الكسب كله).**

ما ذكره هو المعروف.

وقيل: بعكسه يكون الكسب لربها وعليه أجر العامل.

وقيل: من قال منهما: ولك النصف، فعليه أجرة المثل، والكسب له، وكلاهما حكاه ابن الحاجب[2] على فهم ابن هارون.

قوله: (**ولو قال رب الدابة للأجير: اعمل لي على دابتي بنصف ما تكسبه عليها كان الكسب كله لرب الدابة وللعامل أجرة مثله**).

هذه المسألة أخرى غير الأولى لزيادة : (لي).

قال اللخمي: وما قاله خلاف قول ابن القاسم فيها في رواية الدباغ عكس ما قال الشيخ، وهو أن الكسب للعامل كالمسألة الأولى وعليه كراء الدابة.

ولو قال: اكرها، فعمل عليها، فالكسب له ولربها كراء المثل.

ولو قال: اعمل عليها فأكراها.

فقال ابن القاسم: ما أكريت به للأجير، ولربها إجارة المثل.

---

(١) في أ: ذلك .

(٢) «جامع الأمهات» (ص/ ٤٣٥) .

فصل: في أجرة تعليم القرآن على الحذاق والمعالجة على البرء:

ولا بأس بتعليم القرآن على الحذاق ومعالجة الطبيب على البرء، وقد قيل: لا يجوز ذلك إلا لمدة معلومة مشاهرة أو غيرها.

فصل: في منع استئجار الأجير على سنة بمبلغ يرجع منه الأجير مقدارًا في كل يوم:

ولا يجوز أن يستأجر الرجل الأجير سنة بدنانير على أن يدفع الأجير إلى المستأجر في كل يوم درهمًا أو أقل أو أكثر.

وقال في «كتاب الشفعة»: ما أُكريت به لربها؛ لأن ضمان منافعها منه بخلاف البيع الفاسد.

قوله: (ولا بأس بتعليم القرآن على الحذاق ومعالجة الطبيب على البرء، وقد قيل: لا يجوز ذلك إلا إلى مدة معلومة مشاهرة أو غيرها، [ولا يجوز أن يستأجر الرجل الأجير سنة بدنانير على أن يدفع الأجير إلى المستأجر كل يوم درهما أو أقل أو أكثر)][(١)].

صَرَّحَ فيها[(٢)] بـ «لا بأس» كما فعل الشيخ.

والمراد بذلك: الإباحة في أخذ الأجرة على تعليمه.

ولا يقال: لما غيره خير منه ؛لأن أبا حنيفة يمنع الإجارة على تعليم القرآن لأن الدليل دل على ضعف قوله.

في البخاري[(٣)] عن ابن عباس: قال: قال رسول الله ﷺ « **إن أحق ما أخذتم عليه أجرًا كتاب الله**».

وقال ابن رشد[(٤)]: إجازة ذلك هو المذهب، وأجمع عليه أهل المدينة، وهم الحجة على من سواهم.

---

(١) سقط من ب.

(٢) «التهذيب» (٣/ ٣٥٥).

(٣) «صحيح البخاري» (٥٧٣٧).

(٤) «البيان» (٨/ ٤٥٢)، و«المسائل» (١/ ١٨٣).

فصل: فيمن استأجر دابة إلى مكان معين فوجد حاجته دون ذلك المكان:

ولا بأس أن يكتري الرجل الدابة إلى مكان بأجرة معلومة، فإن وجد حاجته دون ذلك حاسبه من الأجرة بقدرها.

واحتج بحديث جواز الجعل على الرقية بالقرآن حسبما قدمناه الآن.

ووجه القول الثاني من نقل الشيخ: اختلاف أفهام الصبيان، فالمشاهرة أخف غررًا.

وشهد بعض المدنيين عند بعض قضاة الحنفية شهادة فرد شهادته فسأله فقال: لأنك تأخذ على تعليم القرآن أجرًا .

فقال: وأنت تأخذ على الحكم بين الناس أجرًا، فقال: إني أكرهت على القضاء، فقال له:هب أنك أكرهت على القضاء فهل أكرهت على أخذ الأجرة؟

فأجاز شهادته، وتجويزه لشهادته نزوغ منه لمذهب مالك لما رأى من جوابه.

ويشترط في معالجة الطبيب أن يكون الدواء من عند العليل، ولو كان من عند الطبيب كان غررًا، قاله القابسي ولو لم يحذقه أو لم يبرأ العليل فلا شيء له لأنها جعالة.

قوله: (ولا بأس أن يكتري الرجل الدابة إلى مكان بأجرة معلومة،وإن وجد حاجته دون ذلك المكان حاسبه من الأجرة بقدرها).

يريد: ما لم ينقد، [لتصريحه](١)(٢) بذلك في سماع ابن القاسم، فألغى علة الانتفاع.

وقال سحنون: لا يجوز ذلك .

ووجهه: أنه مجهلة في الإجارة .

واختلف إذا شرط في كراء الدابة إلى موضع معين أنه إن لم يجد صاحبه تقدم له إلى موضع آخر .

---

(١) في ب: لتصريحها .

(٢) «التهذيب» (٣/ ٤٧٤).

....

❁ ❁ ❁

فقيل: إنه جائز بشرط تسمية الموضع الذي يتقدم إليه أو كونه معروفًا، وإن لم يكن بحساب الكراء الأول وتبعًا له.

وقيل: بشرط كونه بحسابه.

وقيل: مع كونه تبعًا له.



باب: الضمان في الإجارة

فصل: ضمان من استؤجر على حمل طعام:

ومن استؤجر على حمل طعام، فادعى هلاكه، فهو له ضامن إلا أن تقوم له بينة على هلاكه.

باب: الضمان في الإجارة

قوله: (باب الضمان في الإجارة:

ومن استؤجر على حمل طعام فادعى هلاكه فهو له ضامن له إلا أن تقوم له بينة على هلاكه).

قال فيها(١): لزوم ضمان الإكراء بالطعام والإدام إلا أن تقوم بينة بهلاكه أو يكون معه ربه، والسفينة كالدابة.

وفي «الموازية»: أو وكيل رب الطعام.

فإذا عرفت هذا فقول الشيخ «**الطعام**» فيه بترٌ، بل وكذلك الإدام.

وكذلك قوله: «**إلا أن تقوم له بينة**» فيه بترٌ أيضًا لقولها: «أو يكون معه ربه».

ويمكن أن يقال: إنما سكت عنه لأن مصاحبة ربه له أبلغ في [الدلالة](٢) على صدق الحامل من البينة فكأنه صرح بذلك.

وبهذا أجاب ابن عبد السلام من اعترض قول ابن الحاجب بذلك فإن عبارته كالشيخ.

ابن الحاجب(٣): وبالضمان قال الفقهاء السبعة.

قال بعض شيوخنا(٤): ولا أعرفه، إنما فيها(٥): الطعام أمر ضمنه أهل العلم ولمَّا يجدوا من ذلك بدًّا.

---

(١) «المدونة» (٣/ ٤٩٨)، و«التهذيب» (٣/ ٤٦٠).

(٢) في ب: الوكالة.

(٣) «جامع الأمهات» (ص٤٤٠).

(٤) «مختصر ابن عرفة» (١٢/ ٣٤٦).

(٥) «المدونة» (٣/ ٤٩٨).

ومن استؤجر على غير الطعام فلا ضمان عليه إلا أن يتعدى فيضمن بتعديه.

فصل: في ضمان الغنم من الراعي:

ولا ضمان على الراعي فيما هلك من الغنم، والقول في هلاكها مع يمينه، ....

وقال ابن كنانة: لا ضمان عليه فيما حمله في المدينة [ولم][1] يصحبه ربه.

قال اللخمي: يريد لأنه قادر على أن يصحبه دون ضرر فإذا لم يفعل كان قاصدًا إلى الائتمان.

قوله: (**ومن استؤجر على غير الطعام فلا ضمان عليه، [والقول قوله مع يمينه][2] إلا أن يتعدى فيضمن بتعديه**).

[كما لو][3] قصد بالتعدي قول غيره فإن غر أو فرط ضمن فأما ضمانه بالتفريط المقتضي للهلاك فلأن الهلاك حينئذٍ إتلاف بمباشرة، ولا شك أنه موجب للضمان.

وأما غروره من ضعف [خيل][4] أو عثار دابة، فإن كان هو يتولى سوقها فظاهر أنه غرور بفعل، وهو موجب للضمان.

والقول بسقوط الضمان بالغرور بالفعل ضعيف، وإن كان المتولي للسوق غيره فشبهه بالغرور بالفعل أقوى من شبهه بالغرور بالقول.

قوله: (**ولا ضمان على الراعي فيما هلك من الغنم، والقول في هلاكها قوله مع يمينه**).

يريد: إلا أن يتعدى أو يفرط لقولها[5] في «كتاب الجعل والإجارة [لا ضمان][6] على الرعاة إلا فيما تعدوا فيه أو فرطوا كان الراعي خاصًّا برجل أو عامًّا للناس.

وقال ابن زرب: الراعي على التعدي حتى يثبت غيره.

---

(١) في ب: لو لم.

(٢) سقط من ب.

(٣) في ب: كأنه.

(٤) في ب: أجل.

(٥) «التهذيب» (٣/ ٣٧٣).

(٦) في أ: للضمان.

فإن ذبح شاة منها، وادعى أنه خاف عليها الذئب أو الموت ففيها **روايتان:**

إحداهما: أنه ضامن.

والأخرى: أنه لا ضمان عليه.

ولو أكلها وادعى خوف الموت عليها ضمنها رواية واحدة.

وهو ضعيف، والعمل على الأول، والمكتري كالراعي إن ضرب الدابة ضربًا يجوز له فعطبت لم يضمن، ولو أخطأ في ضربه ضمن.

قوله: (**فإن ذبح شاة منها وادعى أنه خاف عليها الموت ففيها روايتان:**

إحداهما: أنه ضامن.

والأخرى: أنه لا ضمان عليه.

ولو أكلها وادعى خوف الموت عليها ضمنها رواية واحدة).

لا أعرف القول الثاني رواية عن مالك لغير نقل الشيخ، وإنما فيها عزو للغير، وينبغي أن يكون هذا الخلاف إنما هو إذا لم يكن عرف، وأما إن كان عرف فإنه يذبح كما هو عُرف باديتنا فيعمل عليه باتفاق، وعكسه عكسه.

وإذا فَرَّعْنَا على الأول من نقل الشيخ فظاهره: كانت المذبوحة صحيحة أو مريضة، وهو كذلك في المريضة باتفاق، وفي الصحيحة على اختلاف حكاه المتيطي.

وظاهر كلام الشيخ: أن الخلاف أعم من أن يأتي بها مذبوحة أو يقول: ذبحتها وسرقت، وهو كذلك، صَرَّحَ فيها[1] بالخلاف فيهما.

قال اللخمي: عن ابن حبيب: من أتى بثور مذبوح استعاره للحرث، وقال: خفت موته ضمن إلا أن يأتي بسبب لذلك أو لطخ ظاهر بخلاف الراعي؛ لأنه مؤتمن مفوض إليه فيما يرعاه [قال فيها: وإن أتى الراعي على البقر أو غيرها بغير إذن أهلها فعطبت ضمن، قال غيره: لا يضمن .

قلت: ويجري فيه ما قلناه. **قال فيها:** وهو مصدق فيما هلك أو سرق][2].

---

(١) «التهذيب» (٣/ ٣٧٣).

(٢) سقط من أ .

فصل: فيمن استؤجر على رعاية غنم مدة معلومة فهلكت الغنم قبل تمام المدة:

ومن استؤجر على رعاية غنم بأعيانها مدة معلومة فهلكت الغنم قبل تمامها، فله الأجرة كلها، ولرب الغنم أن يستعمله في رعاية غيرها.

وقال أشهب: تنفسخ إجارتها.

❁ ❁ ❁

قوله: (ومن استؤجر على رعاية غنم بأعيانها مدة معلومة فهلكت الغنم قبل تمامها فله الأجرة كلها، ولرب الغنم أن يستعمله في رعاية غيرها [بقية المدة][1].

وقال أشهب: تفسخ إجارتها).

ظاهره في القول الأول: أنه لا يحتاج إلى اشتراط الخلف والحكم يوجبه، وهو كذلك عند ابن الماجشون وابن حبيب وسحنون وأشهب وأصبغ.

وفيها[2]: لا يجوز إذا اشترط الخلف.

وظاهره في القول الثاني: أن الإجارة جائزة ابتداء.

ووجه تعيينها: أن ربها شرط ذلك خوف تكلف الخلف.

وقيل: تتعين، والإجارة فاسدة لأن فيه تحجيرًا على ربها لا يقدر على بيعها.

وقيل: إن قرُب أجل الإجارة جاز، وإن بعد لم يجز.

واختار اللخميُّ الجواز فيما قرب ويفصل فيما بعد، فإن كان الشرط من رب الغنم جاز، وإن كان الشرط من الراعي كان فاسدًا.

فتحصل ستة أقوال.

وفهم الباجي أن قولها يرد إلى قول ابن الماجشون، وأن شرط الخلف فيها إنما أراد به رفع اللبس عن العقد لا أن العقد يفسد عند عدم ذلك الشرط وهو بعيد عن لفظها، والجمهور على خلافه.

❁ ❁ ❁

(١) سقط من ب.

(٢) «المدونة» (٤/ ٤٠٣).

باب: ما تنفسخ منه الإجارة

فصل: ما تنفسخ منه الإجارة:

ومن استأجر ظئرًا لرضاع صبي أو حضانته مدة معلومة، فهلك الصبي قبل تمامها انفسخت إجارتها، ولزمه من الأجرة بقدر ما مضى من المدة.

فصل: فيمن استأجر سفينة على حمل متاع فغرقت في بعض المسافة:

ومن استأجر سفينة على حمل متاع فغرقت في بعض المسافة فلا أجرة عليه، ولا ضمان على صاحب السفينة إذا لم يتعد ولم يفرط.

وقد قيل: له من الأجرة بحساب ما مضى من المسافة،..................

باب: ما تنفسخ منه الإجارة

قوله: (**ومن استأجر ظئرًا لرضاع صبى أو حضانته مدة معلومة فهلك الصبي قبل تمامها انفسخت الإجارة ولزمه من الأجرة بقدر ما مضى من المدة**).

ما ذكره في الصبي المستأجر على رضاعه هو المشهور.

وفي «كتاب ابن سحنون»: على الأب خلفه.

ولا خصوصية لما ذكر الشيخ، بل وكذلك الصبي المستأجر على تعليمه، والدابة المستأجرة على رياضتها، والرمكة المستأجرة على أكوام عليها معدودة تعق.

ووجهه: عسر الخلف في هذه المسائل وتعذر المماثلة.

ولما عدوا هذا المستثنى كأصل من الأصول قالوا في قولها في «البيوع الفاسدة»[(١)]: «إن باع أمة ولها ولد حر رضيع وشرط عليه رضاعه ونفقة سنة أن ذلك جائز إذا كان إن مات الصبي أرضعوا له آخر»، فعدوا هذه المسألة مخالفة للأصول بسبب أنهم شرطوا في صحته ما عدُّوه مانعًا في غيرها واحتجوا إلى طلب الاعتذار لها.

قوله: (**ومن استأجر سفينة على حمل متاع فغرقت في بعض المسافة فلا أجرة عليه ولا ضمان على صاحب السفينة إذا لم يتعد ولم يفرط.**

وقد قيل:له من الأجرة بحساب ما مضى من المسافة).

---

(١) «التهذيب» (٣/ ١٧٠).

ومن استأجر دابة على حمل متاع فهلكت في بعض الطريق، فعليه من الأجرة بحساب ما مضى من المسافة.

يعني: غرقت بما فيها، يدل عليه قوله: «ولا ضمان على صاحب السفينة»، ولا خصوصية لذلك، بل وكذلك إذا عرض لها ما يمنعها من البلوغ.

والأول قول مالك.

والثاني قول ابن نافع، وكلاهما فيها[١] في «كتاب الرواحل والدواب»، وبهما قال ابن القاسم.

وقال يحيى بن عمر: **إن** أكريت على قطع البحر فهي على البلاغ، وإن أكريت الريف فبحساب ما بلغت.

قال ابن رشد[٢]: وتفريق أصبغ في «نوازله» بين كونهم [ملججين][٣] أو غير [ملججين][٤] محاذيين لقرية، قادرين على النزول فيها أو غير قادرين.

قول رابع: وسواء على ظاهر قوله: كان كراؤهم على قطع البحر أو الريف، وهو استحسان على غير قياس، [وكذا][٥] تفرقة يحيى، وقول ابن نافع أظهر من قول ابن القاسم فيها ؛ لأن رد الكراء إلى الإجارة أولى من رده للجعل.

قلت: الذي فيها إنما هو قول مالك.

قولها: (ومن استأجر دابة على حمل متاع فهلكت في بعض الطريق فعليه من الأجرة بحساب ما مضى من المسافة).

ما ذكر مثله فيها[٦].

وعُورضت بقول ابن القاسم فيها في مكتري الدابة المعينة يهلك ما حمله عليها في

(١) «التهذيب» (٣/ ٤٦٠).

(٢) «البيان» (٩/ ١٥٠).

(٣) في ب: ملحجين .

(٤) في ب: ملحجين .

(٥) في ب: وكذلك .

(٦) «التهذيب» (٣/ ٤٦١).

ولو هلك المتاع وبقيت الدابة لم يكن عليه شيء، ويتخرج فيها قول آخر، أن عليه من الأجرة بقدر ما مضى من المسافة اعتبارًا بغرق السفينة، ولو ضلت الدابة بالمتاع لم يكن عليه الأجرة ولا على رب الدابة الضمان.

بعض أثناء المسافة بسبب عثارها، ولم [يغره][1] ربها من ذلك أنه لا يلزمه شيء من الكراء، فحكم لها في مسألة الشيخ بحكم الإجارة الحقيقية.

وفي المسألة المعارض بها بإجارة البلاغ التي تشبه الجعالة.

قوله: (ولو هلك المتاع وبقيت الدابة لم يكن عليه شيء ويتخرج فيها قول آخر أن عليه من الأجرة بقدر ما مضى من المسافة اعتبارًا بغرق السفينة).

ما ذكر الشيخ من المنصوص.

والتخريج خلاف قولها: فيما إذا هلك المتاع بلصوص أو سيل فإن لرب الدابة جميع الكراء، ولأربابه حمل مثله إلى غايته ذكر ذلك الغير - وهو أشهب - مستدلا به [على][2] ابن القاسم فيما إذا هلك المحمول بسبب عثار الدابة [كذلك][3] ذكر ابن القاسم فيها فيما إذا هلك المتاع بأمر من الله تعالى.

قوله: (ولو ضلت الدابة بالمتاع لم يكن عليه أجرة ولا على رب الدابة ضمان).

قال فيها[4]: إذا هربت الدابة لا كراء لربها.

قال أبو إسحاق: يريد أنها هربت بحملها وإلا فله بحساب ما سارت.

وسُئلت بالقيروان عن اللصوص إذا أخذوا الدابة وما عليها بعد سيرها بعض الطريق؟

فأفتيت: بأن لربها بحساب ما سارت؛ لأن ذلك كموتها.

وعرفت بأن شيخنا أبا حفص عمر المسراتي أفتى بذلك بها، وأن شيخنا أبا يوسف يعقوب الزعبي كان يفتي بما قبله يليه بأن لا شيء له على ظاهرها.

---

(١) في أ: يضره .

(٢) في ب: عن .

(٣) في أ: لذلك .

(٤) «المدونة» (٤/ ١٨٢)، و«التهذيب» (٣/ ٤٩٨).

....

❋ ❋ ❋

فإن عنى بها ما ذكرناه عنها فالفرق واضح، وهو: أن هروبها من سببها بخلاف أخذ اللصوص لها، فالأول شبه هلاك الزرع بدود الأرض.

والثاني: هلاكه ببرد أو جيش وشبه ذلك، والله أعلم.

وما أفتيت به يدل عليه اختلافهم الشهير فيما إذا غصب المكترى من يد مكتريه هل يسقط عنه الكراء من حينئذٍ أو لا؟

وذلك يدل أن ما مضى لربه بحسابه من غير خلاف،وكأنها نص في مسألتنا، والله أعلم.

❋ ❋ ❋

باب: ما لا تنفسخ له الإجارة

فصل: فيما لا تنفسخ منه الإجارة:

ومن أكرى دارًا أو أرضًا مدة فلا بأس أن يبيعها من مكتريها قبل تمام المدة، ولا بأس أن يبيعها من غيره إذا أعلمه بالأجرة، فإن باعها منه ولم يعلمه بالإجارة فهو عيب إن شاء المشتري رضي به، وإن شاء رد البيع، ولا سبيل له إلى فسخ الإجارة قبل مضي المدة والأجرة على كل حال للبائع دون المبتاع، ومن استؤجر على حمل متاع فسقط منه فانكسر فلا ضمان عليه، ولا أجرة له، ....

باب: ما لا تنفسخ له الإجارة

قوله: (ومن اكترى دارًا أو أرضًا مدة فلا بأس أن يبيعها من مكتريها قبل تمام المدة، ولا بأس أن يبيعها من غيره إذا أعلمه بالإجارة، فإن باعها ولم يعلم المشتري بالإجارة فهو عيب إن شاء المشتري رضي به، وإن شاء رد البيع، ولا سبيل له إلى فسخ الإجارة قبل مضي المدة والأجرة على كل حال للبائع دون المبتاع).

قال فيها[١]: ومن واجر عبدًا ثم باعه فالإجارة أولى به، فإن كانت إجارة قريبة كيوم ويومين جاز البيع، وإن بعد الأجل فسخ، ولم يكن للمبتاع الإجارة؛ لأن مالكًا قال: لا يجوز بيع عبد على ألا يقبض إلا إلى شهر.

قوله: (ومن استؤجر على حمل متاع فسقط منه فانكسر فلا ضمان عليه ولا أجرة له).

أراد بالمتاع [كالرهن][٢]، ويريد إلا أن يقر فيضمن.

وما ذكره هو قول ابن القاسم فيها[٣] وروايته: أن من تلف من قِبَل حامله ولم يقر فلا ضمان ولا كراء لأنه على البلاغ.

وقيل: إذا سقط ضمانه لزم رب المحمول الإتيان بمثله، وله كراؤه، قاله الغير فيها

---

(١) «التهذيب» (٣/ ٣٤٨).

(٢) في أ: كالدهني.

(٣) «التهذيب» (٣/ ٤٥٨).

ولو سقط من يده شيء وعليه فكسره ضمنه وغرم قيمته.

فصل: في الكري إلى الحج بفوته الوقت:

ومن تكارى إلى الحج فمات المُكتَرَى، فالكراء واجب في ماله ولورثته أن يكروا مكانه من مثله في خفته وحاله.

ومن اكترى إلى الحج فأخلفه الكري حتى فات الوقت، انفسخ كراؤه، وإن اكترى إلى غير الحج واشترط المسير في وقت، فأخلفه المكري فيه، فله حمولته لا ينفسخ كراؤه.

وهو أشهب.

قال ابن رشد[1]: وقيل: له بحساب ما بلغ ولا يلزم المحمول أن يأتي بمثله وهو الآتي على قول ابن نافع فيها في السفن.

قوله: (ولو سقط من يده شيء عليه فكسره ضمنه وغرم قيمته).

للاتفاق على أن الخطأ والعمد في أموال الناس سواء.

قوله: (ومن تكارى إلى الحج فمات المكتري فالكراء واجب في ماله، ولورثته أن يكروا مكانه من مثله في خفته وحاله).

أراد بقوله: «**وحاله وثقله**» كأنه قال: في خفته وثقله، ولا يريد به أي: في مثل أمانته لقول مالك في «كتاب الرواحل»: فإنه يكرى للميت معه.

فظاهره: وإن كان غير مساوٍ للميت.

قوله: (ومن اكترى إلى الحج فأخلفه الكري حتى فات الوقت انفسخ كراؤه).

ما ذكره علله فيها بزوال إبانه.

قوله: (ومن اكترى إلى غير الحج واشترط المسير في وقت فأخلفه المكري فيه فله حمولته ولا يفسخ كراؤه).

ما ذكر مثله فيها[2].

ويريد: والله أعلم إلا أن يرفع ذلك إلى السلطان وفسخه عنه لشرطه.

---

(١) «البيان» (٩/ ٦٣).

(٢) «التهذيب» (٤/ ٣٩٩).

باب: التعدي في الإجارة

فصل: في التعدي في الإجارة:

ومن غصب سكنى دار فسكنها لزمته أجرتها، ولو غصب رقبتها لم يلزمه أجرتها.

باب: التعدي في الإجارة

قوله: (ومن غصب سكنى دار فسكنها لزمته أجرتها).

ما ذكره لا خلاف فيه؛ لأنه متعدٍ، وإطلاق الغصب عليه مجاز، وكذلك لو انهدمت الدار لم يضمن إلا قيمة السكنى بلا خلاف.

قوله: (ولو غصب رقبتها لم تلزمه أجرتها).

لا خصوصية لما ذكره من الدار، بل وكذلك العبيد والدواب، وسواء استعملها أو استغلها ويتحصل في المسألة خمسة أقوال:

أحدها: ما ذكر الشيخ أنه لا ضمان، وهو مروي عن مالك.

والثاني: أنه يضمن، وهو المشهور.

وروي: يضمن إلا في العبيد والدواب.

وروي: لا يضمن إلا فيما تولى بنفسه من استخدام الدواب واستعمال الرقيق بخلاف ما أكراه من غيره.

والخامس: قولها[1]: «إنه لا يضمن ما اغتل وانتفع به في نفسه في الدواب والرقيق، ويضمن ما انتفع به من علة الإبل والبقر والغنم».

وأما لو لم يسكنها إلا أنه علقها فإنه لا يلزمه كراؤها عند ابن القاسم، وهو المشهور.

وفي **«كتاب ابن حبيب»**: إنه يضمن الكراء وَصُوِّبَ.

وكل هذا إنما هو مُفَرَّعٌ على القول: بأن الغاصب يرد الغلات، وأما على القول: بأنه لا يردها فواضح، وأما لو غصب غنما فتناسلت فإنه يرد أولادها بلا خلاف؛ لأنها

---

(١) «المدونة» (٤/ ١٩٧).

ومن استأجر عبدًا في عمل بغير إذن سيده فعطب فيه لزمه ضمانه.

وكذلك من استعان صبيا لم يبلغ في شيء من الخطر فعطب فيه ضمن ديته، وحملتها عاقلته، ومن اكترى دابة إلى مكان فتعدى بها إلى أبعد منه فتلفت ضمنها، وإن سلمت فعليه الأجرة الأولى وأجرة المثل في التعدي.

على حلقة الأصول، قاله ابن رشد[١]، وهو قصور لقول أبي القاسم السيوري: اختلف قول مالك فيه، والصحيحة أنه [غلة][٢].

قوله: (ومن استعان عبدا في عمل بغير إذن سيده فهلك فيه لزمه ضمانه.

وكذلك من استعان صبيا في شيء من الخطر [فهلك][٣] فيه ضمن ديته، وحملتها عنه عاقلته).

ظاهره: كان العمل مما يعطب فيه غالبا أو نادرًا كالنزول في البئر ذات الحمأة وضرب الآجر، وهو كذلك في الغالب بلا خلاف، وفي النادر على أحد القولين.

والصحيح: لا ضمان.

وأما لو هلك بأمر من الله تعالى ولم يمت بسبب العمل كالحراسة.

فقيل: إنه يضمنه مستعمله، قاله سحنون في بعض رواياتها؛ لأنه بالعداء كغاصب.

وقيل: لا يضمن، قاله ابن القاسم؛ لأنه الغالب السلامة.

والأول هو ظاهر كلام الشيخ لعدوله عن قوله: «**فهلك به**» إلى قوله: «**فيه**».

قوله: (ومن اكترى دابة إلى مكان فحملها وتعدى بها إلى مكان أبعد منه فتلفت ضمنها، وإن سلمت فعليه الأجرة الأولى وأجرة المثل في التعدي).

يعني بقوله:«ضمنها» أي: إن شاء وإن شاء أخذ كراءها الأول وكراء التعدي لتصريحها[٤] بذلك.

---

(١) «المقدمات» (٢/ ٣٥٧).

(٢) في أ: علة.

(٣) في ب: فعطب.

(٤) «التهذيب» (٣/ ٤٥٠).

❋ ❋ ❋

ويريد الشيخ: إذا كانت الزيادة الميل ونحوه لتصريحها بذلك أيضًا.

وقيل: إنه ضامن ولو زاد خطوة، نقله ابن المواز،ولم يعزه.

وهذا إذا هلكت في التعدي.

واختلف إذا هلكت بعد رجوعها عن مسافة التعدي، فقوة كلام الشيخ تقتضي أنه لا ضمان عليه، وهو كذلك عند سحنون قائلًا: كمن تسلف من وديعة ثم ردها ثم هلكت، وكَمُكْتَرِي، زاد ما تَعْطَب به ثم أزاله ثم هلكت.

ونقل ابن يونس[1] في «كتاب الغصب» عنها: أنه يضمنها.

ونقل ابن حبيب عن ابن الماجشون وأصبغ: إن كثرت الزيادة فالثاني، وإلا فالأول.

ابن يونس[2]: وهو أحسنها.

❋ ❋ ❋

---

(١) «الجامع» (٥/ ٢٣٦).

(٢) «الجامع» (٥/ ٢٣٦).

باب: في تضمين الصنَّاع

والصناع الذين يؤثرون في الأعيان بصنعتهم ضامنون لما استؤجروا عليه، إلا أن تقوم لهم بينة على تلفه من غير صنعتهم، فيسقط الضمان عنهم، وقد قيل: إن قيام البينة لا يسقط الضمان عنهم.

باب: في تضمين الصنَّاع

قوله: (باب في تَضْمِين الصُّنَّاع

«والصُّنَّاع»: الذين يؤثرون في الأعيان بصنعتهم [ويحتاجون إليهم فيها][١] **ضامنون لما استؤجروا عليه، إلا أن تقوم لهم بَيِّنة على تَلَفِه من غير صُنْعِهم فيسقط الضمان عنهم).**

وقد قيل: إن قيام البينة لا يسقط الضمان عنهم.

احترز الشيخ بقوله: «**الذين يؤثرون**» من الدلال فإن تلك صنعته إلا أنها لا تؤثر فيقبل قوله، وكذلك قال مالك.

وقال سحنون: يضمن.

وَفَرَّقَ ابن رشد[٢] بين المتهم وغيره.

وَذَكَرَ شيخنا أبو مهدي ـ رحمه الله تعالى ـ أنه حكم في مجلس السلطان أبي العباس أحمد بحضرة بعض شيوخنا بالضمان فلم ينكر عليه.

وظاهر كلام الشيخ: وإن كان انتصابه [لصنعته][٣] لجماعة خاصة، وهو كذلك.

وقيل: لا يضمن إلا بقيد أن تكون صنعته لعموم الناس، وأما الخاص فلا ضمان عليه.

وظاهره: قَبَضُوه بِبيِّنَة أو غيرها، عَمِلُوهُ بِأَجْر أو بغير أَجْرٍ، وهو كذلك.

ويريد الشيخ: ما لم يكن الصانع في بيتك أو كنت معه ولم تسلمه إليه لتصريحها[٤]

(١) سقط من ب.

(٢) «المقدمات» (٢/ ٢٤٨).

(٣) في أ: لصنعة.

(٤) «المدونة» (٣/ ٤٩٨).

❁ ❁ ❁

بذلك في الجميع.

والقول الأول: من نقل الشيخ فيما إذا قامت بينة هو قولها.

والقول الثاني: لأشهب بناء على أن الضمان ضمان تهمة أو ضمان أصالة.

وعلى الأول إذا هلك بعد الصنعة ففي سقوط أجرته قولان لابن القاسم وابن المواز.



باب: في الجعالة وحكمها

فصل: في الجعالة:

ولا بأس بالجعل في العبد الآبق والبعير الشارد، والمتاع الضائع.

باب: في الجعالة وحكمها

قوله: (باب القضاء في الجعالة وحكمها:

قال: ولا بأس بالجعل في العبد الآبق والبعير الشارد والمتاع الضائع).

ابن رشد[(١)]: هو جَعْلُ الرجل جُعْلًا على عمل رَجُلٍ إن لم يكمله لم يكن له شيء.

واعترض عليه بالقراض.

وهو رخصة اتفاقًا.

ولا خصوصية لما ذكر الشيخ من الآبق وما عطف عليه.

وسمع عيسى: من جعل في عبد له عشرة دنانير لمن جاء به فجاء به من لم يسمع بالجعل فإن كان ممن يأتي بالإباق فله جعل مثله، وإلا فليس له إلا نفقته.

وإن جاء به من سمعه فله العشرة ولو كان ممن لا يأخذ الإباق.

وقيل: الجُعْل لمن لم يسمع كمن سمع، قاله مالك وابن الماجشون وأصبغ وغيرهم.

ابن رشد[(٢)]: وقول ابن القاسم أظهر؛ لأن الجاعل إنما أراد بقوله تحريض من يسمع قوله على طلبه فوجب ألا يجب ما سَمَّى من الجُعْل إلا لمن سمعه، ولم يذكر ابن شاس[(٣)] غير القول الثاني، فذكره ولم يعزه كأنه المذهب، وتبعه ابن الحاجب[(٤)]، وقبله ابن عبد السلام وابن هارون، وتعقبه بعض شيوخنا بما قلناه.

---

(١) و«المقدمات» (٢/ ١٧٥).

(٢) «البيان» (٨/ ٤٦٧).

(٣) «عقد الجواهر» (٣/ ٩٤٥).

(٤) «جامع الأمهات» (ص/ ٣٧٨).

ومن جعل جعلاً في عبده الآبق لرجل بعينه فله أن يرجع عن ذلك ما لم يشرع الرجل في طلبه، فإن شرع في طلبه فليس له الرجوع فيه.

ولا يجوز أن يكون الجعل في الجعالة مجهولاً ولا غررًا. ومن قال: من جاءني بعبدي الآبق فله نصفه لا يجوز ذلك، فإن جاء به كان له أجر مثله، ....

قوله: (ومن جعل جعلًا في عبده الآبق لرجل بعينه فله أن يرجع ذلك ما لم يشرع الرجل في طلبه، فإذا شرع في طلبه فليس له الرجوع فيه).

اختلف في لزوم عقد الجِعَالة وانحلالها على ثلاثة أقوال:

فقيل: إنه عقد [مُنْحلّ][(١)] من جانبي الجاعل والمجعول له، فإذا شرع المجعول له في العمل لزم من جانب الجاعل وحده.

وقيل: إنها لازمة من الجانبين كالإجارة.

وقيل: إنها لازمة من جانب الجاعل خاصة بالقول، ولا تلزم من جانب المجعول له لا بالقول ولا بالعمل.

والثلاثة ذكرها اللخمي، والأول منها هو المشهور [وهو][(٢)] الذي دَلّ عليه كلام الشيخ.

قوله: (ولا يجوز أن يكون الجعل فى الجعالة مجهولًا ولا غررًا).

ما ذكر الشيخ مثله فيها[(٣)].

قال ابن رشد[(٤)]: وهو عام إلا في خصلتين، فيمن جعل لرجل على أن يغرس له أصولًا حتى تبلغ حَدّ كذا، ثم هي والأصل بينهما فإن نصف هذا لا يجوز بيعه. وفيمن يقول: الْقِط زيتوني فما لَقَطَتّ من شيءٍ فلك نصفه، فهذا يجوز وبيعه لا يجوز.

قوله: (ومن قال: من جاءني بعبدي الآبق فله نصفه فلا يجوز ذلك، فإن جاءه به فله أجرة مثله).

(١) في أ: محتمل .

(٢) سقط من أ .

(٣) «التهذيب» (٣/ ٣٤٤).

(٤) «البيان» (٨/ ٤١٦).

ومن جعل في عبد له آبق جعلين مختلفين لرجلين فجاء به جماعة ففيها روايتان::
إحداهما: أن عليه أكثر الجعلين فيقسمه الرجلان بينهما على قدر الجعلين.
والرواية الأخرى: أن عليه لكل واحد منهما نصف جعله.

إنما ذكر هذه المسألة مع أن ما قبلها يغني عنها ليُرَكِّبَ عليها حكم الجِعَالة الفاسدة، وذكر أنه إن أتى به فله أجر مثله.

وظاهره: إذا لم يأت به لا شيء له، وَصَرَّحَ به فيها[1].

وأراد الشيخ بإجارة المثل جُعْل المثل؛ لأن أجر المثل يجب ولو لم يظهر لعمله فائدة، وجعل مثله لا يجب حتى يظهر له فائدة وهي: الإتيان بالآبق، ولما عَلَّقَ وجوب العِوَض منه على إتيانه به دَلَّ على أنه أطلق لفظة «الأجر» على «الجعل» مجازًا، وبذلك فسَّر عبد الحق قولها، وعزاه ابن عبد السلام للمحققين، وهو خلاف قول ابن رشد[2] عنها: إن لم يأت به لا جُعْلَ ولا إجارة؛ لأن عطفه الإجارة على الجعل ظاهر في عدم إرادته بالإجارة الجُعْل.

قوله: (ومن جعل فى عبد له آبق جعلين مختلفين لرجلين فجاءا به جميعًا ففيها روايتان:

إحداهما: أن عليه أكثر الجعلين ويقتسمه الرجلان بينهما على قدر جعل كل واحد.

والرواية الأخرى: أن عليه لكل واحد منهما نصف جعله وهو القياس).

يعني: كما إذا قال لرجل: إن جئتني بعبدي فلك خمسة، ثم قال لآخر: عشرة، فأتيا به جميعًا.

والقول الأول هو قول ابن القاسم، والثاني قول ابن نافع، وكلاهما فيها[3] ، وبقول ابن نافع قال ابن عبد الحكم، ورجح محمد والتونسي واللخمي قولَ ابن نافع، وما ذكرنا من عزو الأول لابن القاسم هو نَصّ اللخمي وغيره من المتقدمين، وابن

---

(١) «المدونة» (٣/ ٤٦٨)، و«التهذيب» (٣/ ٣٩٠) .
(٢) «البيان» (٨/ ٤١٦) .
(٣) «المدونة» (٣/ ٤٦٨).

فصل: في الإجارة على العمل بجزء من إنتاج العامل:

ولا بأس بحصاد الزرع وجداد الثمر بنصفه، ولا يجوز حصاد يوم ولا جداد على نصف ما يجدّه أو يحصده فيه.

عبدالسلام وبعض شيوخنا، وعزاه ابن يونس لمالك لا لابن القاسم، فثبت بعزوه الأول لمالك كما قال الشيخ، وما ذكر من أن الثاني رواية لا أعرفه.

قوله: (ولا بأس بحصاد الزرع وجداد التمر بنصفه).

ما ذكر مثله فيها[1].

وزاد: ولا ترك له وهي إجارة.

عبد الحق: إذا حصده وجبر على درسه وقسمه حَبًّا ولا يجوز قسمه قَتًّا؛ لأنه خطر ويدخله التفاضل.

وفيها[2]: «إن قال: فما حصدت أو لقطت فلك نصفه جاز، وله تركه متى شاء؛ لأنه جعل».

وقال غيره: لا يجوز.

ابن يونس: هما في «الموازية» روايتان.

قوله: (ولا يجوز حصاد يوم ولا جداده على نصف ما يجده ويحصده فيه).

احتج للمنع فيها إذا لم تفهم الجعالة بجهالة العوض؛ لأنه لا يجوز بيع ما يلقط اليوم أو يحصده.

وفي «**العتبية**»[3]: [قيل][4] بالمنع ولو فهمت الجعالة.

وقيل: يجوز إن فهمت الجعالة، حكاه ابن الحاجب[5].

---

(١) «التهذيب» (٣/ ٣٤٧).

(٢) «التهذيب» (٣/ ٣٩١).

(٣) انظر: «البيان» (٨/ ٤٣٥).

(٤) في ب: قول .

(٥) «جامع الأمهات» (ص/ ٤٣٥).

ولا يجوز نفض الزيتون بنصف ما يسقط منه، ولا بأس بنفضه ولقطه كله بنصفه أو ثلثه أو غير ذلك من أجزائه، ولا بأس باستخراج المياه من الآبار والعيون على صفة معلومة بأجرة معلومة إذا عرف الأجير والمستأجر بُعد الماء وقربه وشدة الأرض ولينها.

تم كتاب الإجارة والحمد لله.

❁ ❁ ❁

واعترضه ابن عبد السلام: بأنه تفسير ووفاق لقولها.

قوله: (ولا يجوز نفض الزيتون على نصف ما يسقط منه ولا بأس بنصفه كله ولقطه كله بنصفه أو ثلثه أو غير ذلك من أجزائه).

زاد فيها(١): لأنه إجارة بمجهول.

وقال ابن حبيب: جائز.

وحمل ابن القاسم [النفض](٢) على التحريك، وهو بعيد.

قوله: (ولا بأس باستخراج المياه في الآبار والعيون على صفة معلومة بأجرة معلومة إذا عرف الأجير والمستأجر بعد الماء وقربه وشدة الأرض ولينها).

اللخمي: ولو سَمّى صفة الأرض دون بُعْد الماء لم تجز الإجارة.

❁ ❁ ❁

---

(١) «التهذيب» (٣/ ٣٩١).

(٢) في ب: النفظ، وفي أ: اللفظ، والمثبت هو الصواب .

كتاب الشركة

باب: في الشركة وأحكامها

فصل: في صفة الشركة:

ولا بأس بالشركة في الأموال كلها من الذهب والورق والعروض، ....

كتاب الشركة

باب: في الشركة وأحكامها

قوله: (قال: ولا بأس بالشركة في الأموال كلها من الذهب والورِق والعروض).

ابن الحاجب[1]: الشركة: إذن في التصرف لهما مع أنفسهما.

واعترض[2]: بأن قوله: «مع أنفسهما» حشو.

ورده ابن عبد السلام: بأنه فصل أو خاصة يخرج بها الوكالة وحكمها الجواز، وعروض وجوبها بعيد بخلاف عروض موجب حرمتها وكراهتها.

وما ذكر من جوازها في الذهب والوَرِق فيعني به الذهب من كِلَا الجانبين والوَرِق كذلك.

وهذه جائزة بإجماع.

وكذلك إذا أخرج أحدهما وَرِقًا، وأخرج الآخر كذلك فإني لا أعلم فيها خلافًا.

وأما إذا كان الذهب من عند أحدهما والوَرِق من عند الآخر فإنه ممنوع على خلاف يذكره الشيخ بَعْد.

وما ذكر من جوازها بالعروض، فظاهره: أيُّ عَرَض كان، ولا يشترط المماثلة حتى لو كان رأس مال أحدهما ثوبًا مثلًا، والآخر طعامًا، ويكون رأس مال كل واحد منهما ما قومت به سلعته.

---

(١) «جامع الأمهات» (ص/ ٣٩٣).

(٢) انظر: «مختصر ابن عرفة» (١٠/ ١٩٥).

قلت: قال ابن عرفة بعد تعريف ابن الحاجب: قبلوه.

ولا تجوز الشركة بالطعام.

وقال ابن القاسم: إذا كان نوعًا متساويًا في الجودة والمكيلة، فلا بأس به في الشركة، ولا يجوز أن يكون مال الشريكين متماثلاً والربح متفاضلاً، ولا أن يكون المال متفاضلاً والربح متماثلاً، وإنما الربح على قدر المال، وكذلك العمل في المال على قدره يعمل كل واحد من الشريكين في المال بقدر ماله.

قوله: (**ولا تجوز الشركة في الطعام**).

وقال ابن القاسم: إن كان نوعًا متساويًا في الجودة والمكيلة فلا بأس بالشركة فيه.

لا مفهوم لقوله: «**الطعام**» بل يريد وكذلك الشَّرَاب لتصريحها[1] بذلك، وكان مالك يقول مثل قول ابن القاسم بالجواز، ورجع إلى عدمه.

والجميع فيها، وزاد: ولم يجزه لنا مالك منذ لقيناه، ولا أعلم لكراهته وجهًا.

وأراد بالكراهة التحريم لتصريحها بعدم الجواز مرتين وهما:

قوله : (**ولا تجوز الشركة عند مالك بشيء من الطعام**).

مع قول ابن القاسم: «**ولم يجزه لنا مالك**» .

وقول ابن عبد السلام: «وربما يفهم منها الكراهة دون التحريم»، بعيد.

وما ذكر ابن القاسم من عدم معرفته وجه قول مالك بعدم الجواز كان حقه أن يسأله عنه، وظهر لغير واحد أنه إنما لم يفسر ذلك على جوازها بالدنانير والدراهم من كِلَا الجانبين كما قال ابن القاسم؛ لأن فيه بيع الطعام قبل قبضه؛ لأن الشريكين باع كل واحد منهما نصف ما بيده من الطعام بنصف ما في يد صاحبه.

قوله: (**ولا يجوز أن يكون مال الشريكين متماثلًا والربح متفاضلًا، ولا أن يكون المال متفاضلًا والربح متماثلًا، وإنما الرِّبْح على قدر المال، وكذلك العمل في المال على قدره يعمل كل واحد من الشريكين في المال بقدر ماله**).

يعني: إذا دخلا على هذا، وأما إذا تطوع أحدهما بعد العقد فجائز لتصريحها[2]

---

(١) «المدونة» (٣/ ٦٠٨)، و«التهذيب» (٣/ ٥٥٦).

(٢) «التهذيب» (٣/ ٥٤٦).

فصل: نصيب الشركاء من الربح:

وإذا أخرج أحد الشريكين ألفًا والآخر ألفين وعملا العمل نصفين وشرطا أن الربح بينهما نصفان وعملا على ذلك الربح والخسران بينهما على قدر المالين، يرجع صاحب الألف على صاحب الألفين بأجرة المثل في نصف الألف الزائدة.

فصل: في شركة الأموال:

ولا يجوز عند مالك أن يخرج أحدهما ذهبًا والآخر ورقًا.

وقال أشهب: لا بأس بذلك.

بذلك، وهو بَيِّن؛ لأن شركة الأموال تلزم بالعقد، ولا يشترط في لزومها الشروع في العمل.

وفي شركة الحرث خلاف، ويجري الخلاف في التبرع في العقد عليه،وإن كان ظاهر كلامهم أنه لا يضر.

قوله: **(وإذا أخرج أحد الشريكين ألفًا، والآخر ألفين وعملا العمل نصفين وشرطا أن الربح بينهما نصفان وعملا على ذلك كان الربح والخسران بينهما على قدر المالين، ورجع صاحب الألف على صاحب الألفين بأجرة المثل في نصف الألف الزائدة).**

يعني: وتكون أجرة المثل في ذمة صاحب المال الكثير لا في عين المال، وخرج من قول ابن حبيب فيما يرد من [فاسد](١) القراض لا أجرة المثل أنها متعلقة بالربح أن يكون هنا كذلك.

قوله: **(ولا يجوز عند مالك رحمه الله أن يخرج أحدهما ذهبًا والآخر ورقًا، وقال أشهب: لا بأس بذلك).**

ما نسبه الشيخ لمالك هو المشهور،وهو قولها(٢): وعَلّله بأنه صَرْف وشركة، ولا

---

(١) في أ: فساد.

(٢) «المدونة» (٣/ ٦١٢).

ولا بأس أن يخرج كل واحد منهما ذهبًا وورقًا، ....

يصلح مع الشركة صَرْف.

ابن عبد السلام: احتجاجه [عن الشركة](١) غير بَيِّنٍ؛ لأن العقود المنضمة إلى الشركة إنما تمنع من صحتها إذا كانت تلك العقود خارجة عن الشركة.

نَصّ على معنى ذلك فيها.

وما ذكره رده بعض شيوخنا(٢): بأن [نص](٣) ظاهره أن غير الخارجة غير مانعة كيف كانت صرفًا أو غيره.

وليس كذلك إنما قاله فيما ليس صرفًا لأجل ضيق الصرف وشدته، وإنما ألغى [ما تعيبه](٤) الصرف إذا كان في الشركة.

سحنون: وما عزاه الشيخ لأشهب هو لمالك أيضًا في «كتاب ابن المواز»، ففي كلامه قصور إذ القولان لمالك، وبالثاني قال سحنون، وكأن الشيخ - رحمه الله - قصد بقوله: «**عند مالك**» التَّبَرِّي كقول ابن محمد: وليس عليه تخليلها في الوضوء في قول مالك.

قوله: (ولا بأس أن يخرج كل واحد منهما ذهبًا وورِقًا).

ما ذكر مثله فيها(٥)، وعارضها ابن عبد السلام بقولها في الأولى: لأنه [صرف](٦) وشركه، فكذلك يلزم هنا؛ لأن ذلك تفاضل معنوي.

ولا يعارضها قولها في «السَّلَم الثالث»(٧) بمنع بيع مُدّ قمح ومد دقيق بمثلهما؛ لبقاء اليد هنا وعدمه هناك.

---

(١) سقط من أ .

(٢) «مختصر ابن عرفة» (١٠/ ٢٠٠) .

(٣) زيادة من «مختصر ابن عرفة» .

(٤) في أ: مانعه .

(٥) «المدونة» (٣/ ١٣٠).

(٦) سقط من الأصل .

(٧) «التهذيب» (٣/ ٨٨).

ولا يجوز أن يشتركا بالمالين مفترقين.

ولا بأس إذا اشتركا وجمعا المالين في خُرج واحد أو كيس، وإن لم يخلطاه.

ولا بأس أن يكون ذهب أحدهما أو ورقه أجود من ذهب الآخر أو ورقة إذا استوى الذهبان أو الورقان والشركة في العروض على القيمة.

قوله: (ولا يجوز أن يشتركا بمالين مفترقين).

يعني: إذا كان المالان معًا لم يحضرا وأما إذا غاب أحدهما فقط فإنه جائز عند مالك وابن القاسم.

ومنعه سحنون بناء على أصله أنها مبايعة، هكذا نقل اللخمي.

ونقل التونسي عنه الكراهة، وابن يونس الفساد.

وقال بعض شيوخ عبد الحق: إنما يجوز عند ابن القاسم بشرط قرب الغيبة.

ووقف التَّجْر بالحاضر على حضور الغائب.

قوله: (ولا بأس إذا اشتركا وجمعا المالين في خرج أو كيس، وإن لم يخلطاه).

ما ذكر خالف فيه سحنون وقال: لا تنعقد إلا [بخلط][1] المالين.

إلا أن في كلام الشيخ بترٌ لقول ابن القاسم فيها[2]: «إن اشترى أحدهما بصرته دون الآخر كان المشترى شركة بينهما».

ومن هذه الزيادة يؤخذ ما إذا أخرج أحد شريكي الزرع زَريعَته فأخذت أن ضمانها منهما.

قوله: (ولا بأس أن يكون ذهب أحدهما أو ورِقه أجود من ذهب الآخر أو ورقه إذا استوى الذهبان أو الورقان).

يريد: ولم يختلف صرفهما، وأما لو اختلف فإنه لا يجوز، واختلف إذا كان الاختلاف يسيرًا: فأجازه فيها، ومنعه اللخمي.

قوله: (والشركة في العروض على القيمة).

---

(١) في أ: بلفظ .

(٢) «التهذيب» (٣/ ٥٦٤).

فصل: في شركة الأبدان:

ولا بأس بشركة الأبدان مثل القصابين والخياطين والحدادين والحطابين وما أشبه ذلك، ولا بأس بشركة المعلمين والصيادين والحطابين، وما أشبه ذلك.

ولا يجوز أن يشترك اثنان وصنعتهما مختلفة مثل الحداد والقصار، والخياط والحمال، ولا يجوز إذا كانت الصنعة مؤتلفة، أن يكونا في مكانين مفترقين، ولا بأس بذلك إذا كانا في مكان واحد.

ظاهره: كانت العروض متفقة أو مختلفة، وهو كذلك.

ابن رشد[١]: وروي عن مالك أنه قال في الشركة بالعرضين المختلفين: ما هو من عمل الناس، وذلك. والله أعلم. [لا بيع ولا شركة][٢].

قوله: (ولا بأس بشركة الأبدان مثل الخياطين والقصارين والحدادين وغير ذلك من الصناع، ولا بأس بشركة المعلمين والصيادين والحطابين وما أشبه ذلك).

يعني: إذا كان في مكان واحد كما يُصَرّح به بعد.

وأجاز في «العتبية» لو كانا في مكانين، وتأول ذلك على تقارب المكانين مع اتفاق الصنعة فيهما، وكون كل واحد منهما معين لصاحبه أو تمكن إعانته له.

وكذلك تأول ما في ظاهر «كتاب محمد».

وما أجازه ابن حبيب: إذا اشتركا في [ركاب][٣] الدواب على أن [يخشيا عليهما أن يفترقا][٤].

فقيل: لعل ذلك لأن الأغلب رؤوس أموالهما في الدواب فأشبه شركة التجارة.

قوله: (ولا يجوز أن يشترك اثنان صنعتهما مختلفة مثل الحداد والقصار والخياط والحمال، ولا يجوز إذا كانت الصنعة مؤتلفة أن يكونا في مكانين مفترقين، ولا بأس أن يكونا في مكان واحد).

---

(١) «المقدمات» (٣/ ٤٧).

(٢) في ب: لأنه بيع وشركة.

(٣) في ب: قاب.

(٤) في ب: يجتنبا عليها أو يفترق.

نهاية كتاب الشركة

❁ ❁ ❁

قال أبو عبد الله محمد الذكي في «مسائله»: لو كان المعلمان أحدهما قارئ والآخر حاسب، واشتركا على أن يقتسما على قدر عملهما فيجري في ذلك على جمع الرجلين سلعتهما في البيع.

وَقَبِلَه ابن عبد السلام، قال: وعلى هذا يجوز الشركة بين ذوي صنعة مع اختلاف صنعتهما إلا أن ذلك في الصنعتين المتلازمتين.

ورده بعض شيوخنا[1] **[لقوة]** [2]: الغرر في الشركة بجهل قدر عمل كل منهما، وقدر عوضه، والمجهول في [السلعتين][3] قدر العوض فقط.

❁ ❁ ❁

(١) «مختصر ابن عرفة» (١٠/ ٢٣٦-٢٣٧).

(٢) في أ: بقوله.

(٣) في الأصل: «السلعة»، والمثبت من «مختصر ابن عرفة» (١٠/ ٢٣٦)، و«شفاء الغليل في حل مقفل خليل».

كتاب القراض

باب: صفة القراض وحكمه

فصل: في صفة القراض:

والقراض جائز،وهو المضاربة، وهو أن يدفع الرجل المال إلى غيره ليشتري به ويبيع، ويبتغي من فضل الله تعالى، ويكون الربح بينهما على جزء يتفقان عليه.

كتاب القراض

ابن الحاجب[(١)]: القراض: إجارة على التجر في مال بجزء من ربحه.

وأورد عليه: بأنه غير مانع بمدلول لفظ من قال: أجرتك على التجر لي بهذه المائة سنة بنصف ربحها، فإن هذا ليس بقراض؛ لأنه لا ينعقد بلفظ الإجارة.

ويرد عليه: أنه غير جامع لقولها بعد هذا: «ولو شرط الربح كله لأحدهما أو لغيرهما جاز».

باب: صفة القراض وحكمه

قوله: (قال مالك رحمه الله: والقراض جائز، وهو: المضاربة، وهو: أن يدفع الرجل المال إلى غيره ليشتري به ويبيع ويبتغي من فضل الله تعالى، ويكون الربح بينهما على جزء يتفقان عليه).

ما ذكر من جوازه هو كذلك بإجماع.

قال عبد الحق[(٢)]: وهو رخصة مستثنى من الإجارة المجهولة.

قال عياض[(٣)]: ومن السلف بمنفعة.

قلت: ورده بعض شيوخنا[(٤)]: بأنه ليس بمضمون، وكل سلف مضمون.

---

(١) «جامع الأمهات» (ص/ ٤٢٣).

(٢) «تهذيب الطالب» (٢/ ٢٠٨أ) .

(٣) «التنبيهات» (٣/ ١٥٨٥).

(٤) «مختصر ابن عرفة» (١١/ ٣٤٩).

فصل: في حكم القراض:

وإذا تعاقد الرجلان على القراض فلكل واحد منهما فسخه بعد عقده إذا لم يشرع العامل في العمل به، فإذا شرع فيه لم يكن لأحدهما فسخه إلا برضى صاحبه، ويجوز القراض بكل ما اتفقا عليه من الأجزاء من نصف أو ثلث أو ربع أو غير ذلك، ولو قارضه على الربح كله للعامل ولرب المال رأس المال لم يكن بذلك بأس.

فصل: فيما يجوز القراض فيه:

ولا يجوز القراض إلا بالدنانير أو الدراهم،..........

وفي كلام الشيخ [تقديم][1] التصديق قبل التصوير، وقد علمت ما فيه.

قوله: (**وإذا تعاقد الرجلان على القراض فلكل واحد منهما فسخه بعد عقده إذا لم يشرع العامل في العمل به، فإذا شرع فيه لم يكن لأحدهما فسخه إلا برضا صاحبه، ويجوز القراض بما اتفقا عليه من الإجزاء من نصف أو ثلث أو ربع أو غير ذلك**).

يريد: أو يسافر به السفر الجائز؛ لأنه فيه من الكلفة على العامل مثل كلفة الشراء بالبعض، وهذا هو المنصوص.

وَخَرَّجَ اللخمي انعقاده بالعقد من القول بذلك في الجعالة.

قوله: (**ولو قارضه على أن الربح كله للعامل ولرب المال رأس ماله لم يكن به بأس**).

لا مفهوم لقوله: «**للعامل أو لرب المال**» بل وكذلك لو كان الربح لغيرهما ولا أعلم في الجميع خلافًا إلا قول الباجي[2]: «مشهور مذهب مالك: لو شرط الربح لأحدهما أنه جائز»، وحيث يشترط الربح للعامل، فإن لم يسمياه قراضًا وإنما قال: اعمل فيه ولك ربحه، كان ضمانه من العامل؛ لأنه كالسلف.

وإن قال: اعمل فيه قراضًا، فهل يكون ضمانه من رب المال أو من العامل؟ في ذلك قولان: والأقرب هو الأول؛ لأنه لا معنى لجوازه إلا أن ضمانه من ربه.

قوله:(**قال: ولا يجوز القراض إلا بالدنانير والدراهم**).

---

(١) سقط من ب.

(٢) «المنتقى» (٥/ ١٥٠).

وعنه في النقار والحلي روايتان: إحداهما: جوازه، والأخرى: منعه.

[وعنه فيه يعني: لا يجوز بالفلوس وإنما يجوز بالدنانير والدراهم][١].

وفي الفلوس ثلاثة أقوال:

فقيل: ما تقدم.

وقيل: يكره.

وقيل: يجوز.

فأطلقه اللخمي، وقيده ابن رشد[٢] باليسير.

وظاهر كلام الشيخ: وإن [كانت الدنانير والدراهم][٣] مغشوشة، وهو كذلك.

وقيل: بالمنع، وكلاهما حكاه ابن الحاجب[٤] في قوله: وتجوز بالمغشوش على الأصح.

وظاهر نقله سواء كان يتعامل بها أم لا؟

وَقَبِلَه ابن عبد السلام، وهو خلاف اتفاق نقل عبد الوهاب[٥] والباجي[٦] على منعه حيث لا [يتعامل][٧] بها.

قوله: (وعنه فيه بالنقر والحلي روايتان: إحداهما: جوازه. والأخرى: منعه).

بقي عليه رواية بالكراهة فيهما.

وظاهر كلام الشيخ: سواء كان يتعامل بالنقر أم لا، وهو كذلك.

وقيل: إن كان يتعامل بها جاز وإلا فلا، وهذه طريقة عبد الوهاب.

وقال اللخمي وغيره: حيث يتعامل بها يجوز اتفاقًا.

(١) سقط من ب.

(٢) «المقدمات» (٣/ ١٦).

(٣) في أ: كان الدراهم والدنانير .

(٤) «جامع الأمهات»(ص/ ٤٢٣).

(٥) «الإشراف» (٢/ ٦٤٠)، و«المعونة» (٢/ ١١٢٠).

(٦) «المنتقى» (٥/ ١٥١).

(٧) في أ: يتعاملان .

فصل: منع القراض بالعروض:

ولا يجوز القراض بشيء من العروض كلها، فإن قارض بعرض فسخ عقدهما قبل فوته، فإن فات بالعمل فيه، فللعامل فيه أجرة مثله في بيع العروض كلها وقبض ثمنها، ثم له قراض مثله فيما ربحه بعد ذلك من ثمنها.

فصل: في الضمان في القراض:

والضمان في القراض على رب المال دون العامل إلا أن يتعدى، فيضمن بتعديه، ولو شرط رب المال على العامل الضمان كان العقد فاسدًا ورد بعد الفوت إلى قراض مثله فيما دون ما شرطه له، ولا يجوز القراض إلى أجل.

قوله: **(ولا يجوز القراض بشيء من العروض كلها فإن قارضه بعرض فسخ عقدهما قبل فوته).**

ويدخل في قوله: «**كلها**» المثلي.

ابن حارث: لا يجوز بالسلع اتفاقًا.

وقال اللخمي: «إن كان لا خطب لبيع العرض أو علم أنه يبيعه له ولو لم يأخذه قراضًا، أو يقول له: كلف من يبيعه ويأتيك بالثمن، اجعله قراضًا جاز».

قوله: **(فإن فات بالعمل فيه فللعامل أجرة مثله في بيع العرض وقبض ثمنه ثم له قراض مثله فيما ربحه بعد ذلك في ثمنه. والضمان في القراض على رب المال دون العامل إلا أن يتعدى فيضمن بتعديه).**

ما ذكر من أن له قراض المثل هو قولها[1].

وقيل: له أجر مثله.

وقيل: إن جعلا رأس المال المأخوذ أولًا ليرد مثله أو قيمته كان أجرًا؛ لأنه غرر، وإن جعلا رأس المال الثمن الذي باع كان على قراض مثله.

قوله: **(ولو شرط رب المال على العامل الضمان كان العقد فاسدًا، ورد بعد الفوت إلى قراض مثله دون ما اشترطه له، ولا يجوز قراض إلى أجل، والنفقة في القراض للعامل إذا كان بالمال مشتغلًا).**

---

(١) «المدونة» (٣/ ٥٤٢).

فصل: في نفقة العامل في القراض:

ولا نفقة للعامل فيه إذا كان حاضرًا إلا أن يكون غريبًا أقام في الحضر لأجل المال فتكون له النفقة منه، وله النفقة إذا خرج بالمال مسافرًا.

والنفقة تخرج من الفضل، ثم يقتسمان ما بقي بعد ذلك على شروطهما، فإن لم يكن في المال ربح وقد خرجت منه النفقة، لم يلزم العامل غرمها لرب المال.

فصل: فيمن منع ضم شيء من العقود إلى عقد القراض:

ولا يجوز أن يضم إلى عقد القراض عقد غيره من بيع، ولا إجارة، ولا شيء سوى ذلك من العقود كلها.

ما ذكر هو قول ابن القاسم.

وروى محمد: الأقل منه،ومن المسمى.

قوله: (ولا نفقة للعامل إذا كان حاضرًا إلا أن يكون غريبًا أقام بالحضر لأجل المال فتكون له النفقة منه).

يريد: إلا يَتَغَدَّى بالأفلس ذكره فيها[1] عن الليث بن سعد.

وذكره ابن فتوح كأنه المذهب غير معزو له.

وفي «النوادر»[2] إثر قول الليث: وأباه مالك.

اللخمي: محمل قول مالك سقوطها في الإقامة على أن عمل القراض لم يقطعه عما كانت تقوم نفقته منه، ولو كانت له صنعة أو تجارة منها نفقته، فعطلها لأجل عمل القراض كانت له نفقته كسفره.

قوله: (وله النفقة إذا خرج بالمال مسافرًا، والنفقة تلغى من الفضل ثم يقتسمان ما بقي بعد ذلك على شرطهما، فإن لم يكن في المال ربح وقد خرجت منه نفقته لم يلزم العامل غرمها لرب المال و لا يجوز أن ينضم إلى عقد القراض عقد غيره من بيع ولا إجارة ولا شيء سوى ذلك من العقود كلها).

---

(١) «المدونة» (٣/ ٦٣٥)، و«التهذيب» (٣/ ٥١٦).

(٢) «النوادر» (٧/ ٢٦١).

باب: الشرط في القراض

فصل الشرط في القراض:

ولا يجوز أن يشترط أحد المتقارضين على الآخر سلفًا يسلفه إياه، فإن فعل فالقراض فاسد، وربح السلف لمن أخذه منهما.

باب: الشرط في القراض

قال: (ولا يجوز أن يشترط أحد المتقارضين على الآخر سلفًا يسلفه إياه فإن فعل فالقراض فاسد وربح السلف لمن أخذه منهما).

يريد: سيرًا ورجوعًا، وهذا هو المعروف.

وقال الشافعي: لا ينفق في حضره ولا سفره إلا بإذن رب المال.

ولأصحابه ثلاثة أقوال: هذا، وكقول مالك.

والثالث: ينفق في السفر بقدر ما بين نفقة السفر والحضر.

قال ابن عبد البر[(١)]: والقياس هو الأول؛ لأنه لا يجوز القراض على جزء مجهول فإطلاق النفقة له يصير الحصة مجهولة، وربما اغترقت النفقة كثير المال، ولم يكن ربح.

وقال ابن عبد السلام: لا يبعد القول الثالث على أصل المذهب.

وقد قيل في الوصي يخرج المحجور في سفر الحجر دون ضرورة: إن زيادة [نفقة][(٢)] السفر على الحضر على الوصي.

ورد[(٣)]: بأن السفر بالمحجور المذكور عداء، وسفر العامل جائز.

ولا حاجة لهذا التخريج؛ لأنه قول عبد الوهاب في «تلقينه»[(٤)]، وهو اختيار التونسي وعبد الحميد.

---

(١) «الاستذكار» (٧/ ٧).

(٢) سقط من أ.

(٣) انظر: «مختصر ابن عرفة» (١١/ ٤٠٦).

(٤) «التلقين» (٢/ ١٦١).

وللعامل أن يسافر بالمال ما لم يشترط عليه رب المال ترك السفر، ولا يجوز أن يبيع بدين إلا بإذنه، فإن باع بدين بغير إذنه فهو ضامن لذلك، وله أن يشتري ما شاء وما بدا له من السلع كلها ما لم يمنعه رب المال من شيء من ذلك،......

وظاهر كلام الشيخ: لا تحديد في المال، وهو كذلك في «الموازية».

وفيها أيضًا عن مالك: تحديده بالأربعين دينارًا.

ولمالك في «المختصر ما ليس في المختصر»: السبعون يسير لا ينفق منها.

وعنه: ينفق منها إن كانت خمسين.

فتحصل في المسألة أربعة أقوال:

وفيها[(١)]: وله أن يكتسي منه في بعيد السفر إن حمل المال [فيها][(٢)]، ذلك لا في قريبه إلا أن يقيم بموضع يحتاج إليه إلى الكسوة.

وقال محمد: ليس في كثير المال حد، والأربعون عندي كثير.

قوله: (وللعامل أن يسافر بالمال ما لم يشترط عليه رب المال ترك السفر).

ما ذكره هو قولها[(٣)].

وقال ابن حبيب: ليس له ذلك إلا أن يأذن له رب المال.

وبه أفتى شيخنا ـ حفظه الله تعالى ـ للعرف.

قال أبو حفص العطار: وله منعه من بعيد السفر جدًّا، وله أن [يزرع][(٤)] ويساقي ما لم يكن موضع ظلم فيضمن.

قوله: (ولا يجوز له أن يبيع بدين إلا بإذنه، فإن باع بدين بغير إذنه فهو ضامن لذلك، وله أن يشتري ما شاء، وما بدا له من السلع كلها ما لم يمنعه رب المال من شيء من ذلك).

---

(١) «المدونة» (٣/ ٦٣٤)، و«التهذيب» (٣/ ٥١٧).

(٢) سقط من ب.

(٣) «التهذيب» (٣/ ٥١٧).

(٤) في أ: ينزع.

فإن اشترط عليه ألا يشتري سلعة بعينها لم يجز له شراؤها، فإن فعل فرب المال بالخيار بين إجازة شرائه وبين تضمينه الثمن الذي اشتراه به.

وإن شرط عليه ألا يشتري سلعة بعينها لم يجز له ذلك، إلا أن تكون مأمونة الوجود لا تخلف في شتاء ولا صيف.

ما ذكره هو قولها(١).

ويريد: إلا أن يكون عُرْف؛ لأن العُرْف كالإذن بالنص.

ووقع في المذهب قول بجواز إعطائه السّلم، واستغربه أبو عمران.

وأما شراؤه [بالنسيئة](٢) فلا يجوز، ولو أذن رب المال؛ لأنه لو جاز لجاز أن يقارضه بغير رأس المال.

قوله: (**فإن شرط عليه أن لا يشتري سلعة بعينها لم يجز له أن يشتريها، فإن فعل فرب المال بالخيار بين إجازة شرائه وبين تضمينه الثمن الذي اشتراها به**).

ما ذكر من عدم الجواز حشو؛ لأن ما قبله يليه يغني عنه.

وما ذكر من كونه بالخيار هو قول ابن القاسم.

وزاد: ولو باعها فالربح بينكما على شرطكما والوضيعة عليه فقط.

وقال بعضهم(٣): إن العامل يختص بكل الربح في مسائل الضمان بسبب مخالفته؛ لأنها انتقال مال القراض إلى ذمته، وذلك موجب لكونه مالكًا للربح، [وما أبعده؛](٤) لكونه ذريعة لأكل مال الغير، وتهييجًا على التعدي.

قوله: (**وإن اشترط عليه أن لا يشتري إلا سلعة بعينها فلا يجوز ذلك إلا أن تكون مأمونة الوجود لا تخلف في شتاء ولا صيف**).

ما ذكر الشيخ هو قولها(٥): (لا ينبغي أن لا يشتري إلا البز إلا أن يكون موجودًا

---

(١) «المدونة» (٣/ ٦٢٨).

(٢) في ب: بالنسبة .

(٣) في ب: والعقد، والمثبت هو الصواب .

(٤) هو ابن عبد السلام، انظر: «المختصر الفقهي» (١١/ ٤٢٣) .

(٥) «التهذيب» (٣/ ٥٣٣).

فصل: في مشاركة العامل في المال غيره:

ولا يجوز للعامل أن يشارك في المال أحدًا، فإن فعل ذلك وتلف المال في يد الشريك ضمنه العامل، فإن سلم المال فهو على شرطهما.

في الشتاء والصيف)، وفي قولها مسامحة والمعتبر إنما هو [غلة موجودة في الشتاء والصيف](١).

لقولها مع «الموازية»: «لا يجوز على أن يتجر إلا في سلعة كذا ليس وجودها بمأمون».

ومنه ما يفعل بمدينة تونس من إعطائه على التَّجْرِ في التمر فقط حين جَلَبت الأعراب إن كانت القافلة كثيرة جاز [كإعطائه](٢) على التجر في غلة الزيتون والتين والعنب حين إبانها.

وفي «**الموازية**»: يجوز على ألا يتجر [إلا في النحل](٣)، أو في الحيوان إن كان موجودًا.

قوله: (**ولا يجوز للعامل أن يشارك في المال أحدًا، فإن فعل وتلف المال في يد الشريك ضمنه العامل، وإن سلم [فهو](٤) على شرطهما**).

يريد: إلا بعد الجواز إلا بإذن رب المال لتصريحها بذلك.

وظاهر قول الشيخ: «**في يد الشريك**»، وإن عمل معه العامل، وهو كذلك لقولها: وإن شارك بغير إذنه ضمن، وإن عملا معًا.

وما ذكر أنه على شرطهما إذا وقعت السلامة هو سماع ابن القاسم.

ابن رشد(٥): وهو تفسير لها إذ لم [يَنص](٦) فيها على حكم الربح.

وزاد فيها(٧): منع شركة عاملين بمال رجل واحد.

---

(١) في ب: قلة وجودها شرط لا دوام وجوده في الشتاء والصيف.

(٢) في أ: كعطائه.

(٣) في أ: النحل.

(٤) في أ: فيهما.

(٥) «البيان» (٩/ ٢٨٦).

(٦) سقط من أ.

(٧) «التهذيب» (٣/ ٥٤٤).

فصل: في جواز العمل في مالين أو أكثر لأناس مختلفين:

ولا بأس أن يأخذ مالين من رجلين على جزء واحد أو على جزأين مختلفين، وله أن يجمعهما، وله أن يفرقهما ولا بأس أن يأخذ مالاً من غيره ويخلطه بمال من عنده ويعمل في المالين، ويكون له ربح ماله، وهو في المال الآخر على شرطه.

ولا يجوز أن يأخذ من رجل واحد مالين على جزأين مختلفين على عقد واحد وعلى عقدين إلا أن يكون قد عمل في المال الأول، فيجوز له أن يأخذ مالاً آخر على جزء آخر.

قوله: (ولا بأس أن يأخذ مالين من رجلين على جزء واحد وعلى جزأين مختلفين، وله أن يجمعهما أو يفرقهما).

ما ذكره بَيِّن؛ لأن المال يخرج من يده فهو باق تحت يد أمين رب المال على الوجه الذي أخذه منه وهو التجارة.

ويريد: إلا أن يكون الأول كثيرًا [يشغل][(١)] الثاني عنه فلا يأخذ حينئذٍ من غيره شيئًا.

قوله: (ولا بأس أن يأخذ مالًا من غيره ويخلطه بمال من عنده، ويعمل في المالين ويكون الربح له في ماله وهو في المال الآخر على شرطهما).

قال فيها[(٢)]: وإذا خاف العامل إن قدّم ماله على مال القراض أو أخّره وقع الرُّخْصُ في ماله فالصواب: أن يخلطهما ويكون ما اشترى به من السلع على القراض، وعلى ما نقد فيها، ولا يضمن العامل إن خلطهما بغير شرط، ولا يجوز أن يقارضه على أن يخلط ذلك بشرط.

قوله: (ولا يجوز أن يأخذ من رجل واحد مالين على جزأين مختلفين في عقد واحد ولا في عقدين إلا أن يكون قد عمل في المال الأول فيجوز له أن يأخذ مالًا آخر على جزء آخر).

---

(١) في ب: فيشعله.

(٢) «التهذيب» (٣/ ٥٢٣).

....

❁ ❁ ❁

ظاهره: لو اتفق الجزآن أنه جائز، وهو كذلك على ظاهرها، وهو قول محمد؛ لأنه لا [يتهم][١] أن يعمل في أحدهما دون الآخر لاستواء نصيبه فيهما.

وقيل: لا يجوز اتفق الجزآن أو اختلفا، وكل هذا ما لم [يشترطا][٢] الخلط، فإن [اشترطا][٣] جاز، وعليه يحمل كلام الشيخ.

❁ ❁ ❁

---

(١) في أ: يتم.

(٢) في ب: يشترط.

(٣) في ب: شرطه.

باب: الفسخ والوضيعة والفساد في القراض

فصل: في حكم القراض إذا مات أحد المتقارضين:

وإذا مات أحد المتقارضين قام ورثته مقامه، وإن لم يكن ورثة العامل أمناء، ولم يأتوا بأمين فلا شيء لهم.

فصل: في الوضيعة في القراض:

ومن خسر في قراض ثم ربح فيه جبر الوضيعة بالربح، ولم يكن له أن يجعل

باب: الفسخ والوضيعة والفساد في القراض

قوله: (باب الفسخ والوضيعة والفساد في القراض:

وإذا مات أحد المتقارضين قام ورثته مقامه).

ظاهره: أنه يلزم ورثة العامل.

ويعني به: إذا كان ثقة لما يقوله الآن.

قوله: (وإن لم يكن ورثة العامل أمناء ولم يأتوا بأمين فلا شيء لهم).

قال ابن رشد[1] في «رسم سلعة» من سماع ابن القاسم من «كتاب المساقاة»: «ورثة العامل في المساقاة إذا مات محمولون على الأمانة حتى يثبت أنهم غير أمناء، بخلاف القراض هم محمولون على عدم الأمانة حتى يثبت أنهم أمناء».

هذا ظاهر قولها في القراض والمساقاة.

والفرق أن القراض: يغاب عليه، والحائط في المساقاة: لا يغاب عليه.

وقصد الشيخ بقوله: «**فلا شيء لهم**» إن كان فيه ربح حين إسلامه، وهو قول مالك وابن القاسم، كالمساقي يعجز فيسلم الحائط لربه ولا شيء له.

وقال في أجير على حفر بئر حفر بعضها وترك باقيها اختيارًا فاستأجر رب الأرض من أتمها له: عليه للأول قدر ما انتفع بعمله.

قال اللخمي: فعليه يكون لورثة العامل في المساقاة والقراض كذلك.

قوله: (ومن خسر في قراض ثم ربح فيه جبر الوضيعة بالربح، ولم يكن له أن يجعل

---

(١) «البيان» (١٢/ ١٤٢).

رأس المال ما بقي بعد الوضيعة إلا أن يكون رب المال قد فاصله وحاسبه، ثم استأنف العقد معه فيكون رأس المال ما بقي بعد الوضيعة الأولى.

وإذا أخذ مالين قراضًا فربح في أحدهما وخسر في الآخر لم يجبر الوضيعة في أحدهما بالربح في الآخر.

فصل: في القراض الفاسد:

وكل قرض فاسد فهو مردود بعد الفوت إلى قراض المثل دون أجرة المثل وهذه رواية ابن عبد الحكم عن مالك - رحمه الله - وذكر ابن القاسم عن مالك -رحمه الله - أن القراض الفاسد على وجهين فبعضه مردود إلى أجرة المثل وهو

رأس المال ما بقي بعد الوضيعة إلا أن يكون رب المال قد فاصله وحاسبه، ثم استأنف العقد معه [فيكون][1] رأس المال ما بقي بعد الوضيعة الأولى).

لا مفهوم لقوله: «**ثم ربح فيه**» بل وكذلك لو ربح أولًا ثم خسر فيه.

وظاهر كلام الشيخ: أن الحكم الجبر ولو شرط العامل عدم جبره، وهو كذلك.

وظاهر قوله: «**إلا أن يكون رب المال...**» إلى آخره: أن الحكم كذلك ولو لم يحضر المال، وهو كذلك، صَرَّحَ به ابن حبيب.

وأما إذا اقتسما ربح المال وقال: اعمل بما بقي [قراضًا][2]، فيأتي.

قوله: (**وإذا أخذ مالين قراضًا فربح في أحدهما وخسر في الآخر لم يجبر الوضيعة في أحدهما بالربح في الآخر**).

يريد: إذا [كانا لرجلين][3] وهو بَيِّن؛ لأن لكل واحد رأس مال يخصه.

قوله: (**وكل قراض فاسد فهو مردود بعد الفوت إلى قراض المثل دون أجرة المثل، وهذه رواية [ابن عبد الحكم][4] عن مالك - رحمه الله.**

---

(١) في ب: سوق .

(٢) في ب: من قراض.

(٣) في أ: كان الرجلين .

(٤) سقط من أ .

ما شرط فيه رب المال على العامل أمرًا قصره به على نظره.

وما سوى ذلك فهو مردود إلى قراض المثل والفرق بين قراض المثل وأجرة المثل، أن قراض المثل متعلق بالربح فإن لم يكن في المال ربح فلا شيء للعامل.

وأجرة المثل متعلقة بذمة رب المال كان في المال ربح أو لم يكن،............

وذكر ابن القاسم عن مالك: أن القراض الفاسد على وجهين:

فبعضه مردود إلى أجرة المثل، وهو ما شرط فيه رب المال على العامل أمرًا قصره به على نظره وما سوى ذلك فهو مردود إلى قراض المثل).

أراد «**بالفوت**» إذا شغل مال القراض.

وأطال الشيوخ الكلام في تفسير رواية ابن القاسم.

وقيل: يرد إلى إجارة المثل، عكس رواية ابن القاسم، قاله مالك أيضًا.

وقيل: يرد على قراض فاسد إلى إجارة مثله إلا في مسألة واحدة إذا شرط أن لا نفقة للعامل، قاله أشهب وابن الماجشون.

وقيل: في الضمان بالضمان الأقل من قراض مثله أو ما سمى من الربح، قاله مالك في «الموازية».

وطرده بعضهم في كل قراض فاسد

وقيل: يمضي القراض على ما اتفقا عليه من وجه صحيح ويسقط الشرط الفاسد.

ووقع مثله لابن نافع في القراض إلى أجل.

وعنه أيضًا: أن من اشترط الزيادة إن أسقطها صح القراض، وإن أبى بطل ورد إلى قراض مثله.

قوله: ([والفضل][1] بين قراض المثل وأجرة المثل أن قراض المثل متعلق بالربح، فإن لم يكن في المال ربح فلا شيء للعامل، وأجرة المثل متعلقة بذمة رب المال كان في المال ربح أو لم يكن).

ما ذكره هو المشهور.

---

(١) في ب: والفصل.

ولا يتفاضل المتقارضان على الربح إلا بحضرة المال، فإن تفاضلا عليه بغير حضوره، ثم حصل فيه وضيعة ردا ما أخذاه وجبرا به ما نقص من رأس المال.

وقيل: كلاهما في الربح، قاله ابن حبيب.

وقيل: كلاهما في الذمة [فبقدر][1] قيمة جزء الربح لو صح العقد.

قوله:(ولا [يتفاصل][2] المتقارضان على الربح إلا بحضرة المال فإن [تفاصلا][3] عليه بغير حضوره ثم حصل فيه وضيعة ردّا ما أخذاه وجبرا به ما نقصهما من المال).

يريد: «بنهيه» إنه لا يجوز، ويريد ويستوفي رب المال رأس ماله، ثم يقتسمان الربح على شرطهما لنص «الموطأ»[4] بذلك فيهما.

قال ابن رشد[5]: وظاهر «الواضحة»: إن سَمَّى الربح على غير محاسبة ولا اعتقاد مفاصلة جاز؛ لأنه قال: إن فعل ذلك وجاء في المال نقص جبر من الربح الذي قسماه.

قلت: ورده بعض شيوخنا[6]: بأن دلالة اللفظ المذكور على المنع أقرب من دلالته على الجواز.

ابن حارث: اختلف إذا دفع العامل لرب المال حصة ربحه من مال نفسه ثم يستوفيه من مال القراض.

فسمع ابن القاسم: لا بأس به.

وقال سحنون: لا يجوز إلا يدًا بيد وزنًا بوزن.

ابن رشد: عن بعض أهل النظر[7]: قول سحنون جيد؛ لأن ربحه ليس في ذمة

---

(١) في ب: فيقدر .

(٢) في أ: يتفاضل .

(٣) في ب: تفاضلا.

(٤) «الموطأ» (٤/ ٩٩٧).

(٥) «البيان» (١٢/ ٣٢٨).

(٦) «مختصر ابن عرفة» (١١/ ٣٨٩) .

(٧) «البيان» (١٢/ ٣٢٢).

....

❁ ❁ ❁

العامل إنما هو في المال بعينه فلا يجوز أن يعطيه من غيره إلا كما قال سحنون، وإلا كان ذهبًا بذهب غائب، وهو تعليل حسن إن أعطاه الربح من ماله على وجه [الاشتراء][1] منه للربح الذي في يده.

وقول مالك جيد إذا كان إنما أعطاه الربح من ماله على وجه السلف حتى يقبضه من الربح، فلو نَصّ على أنه سلف جاز.

والخلاف إنما هو فيما يحمل عليه الأمر عند الإطلاق فحمله مالك على السلف فأجازه، وسحنون على البيع فمنعه.

قلت: وقال بعض شيوخنا[2]: وقول سحنون هو الجاري على المشهور في العقد المحتمل للصحة والفساد.

❁ ❁ ❁

(١) في ب: ألا يشتري.

(٢) «مختصر ابن عرفة» (١١/ ٣٨٩).

باب: الزكاة في القراض

فصل: زكاة القراض:

وإذا عمل المقارض في المال عامًا وجبت الزكاة فيه كله، وإن لم يكن في حصة العامل نصاب كامل.

باب: الزكاة في القراض

قوله: (وإذا عمل المقارض في المال عامًا وجبت الزكاة فيه كله وإن لم يكن في حصة العامل نصاب كامل).

ظاهره: وإن لم ينض رأس المال، وهو كذلك إذا كانا مُدِيرين فَيُقَوَّم في كل حول ويزكى، ولا ينتظر المفاصلة على حكم الإدارة [و][1] إن لم يكن قراض فيحمل كلام الشيخ عليه.

وقيل: لا زكاة حتى تقع المفاصلة.

قال التونسي: وسبب الخلاف: هل هو دين يُقَوَّم أو كغائب عن ربه لقدرته على التصرف في الدَّين ببيعه وعدم تصرفه في القراض لمنع بيعه، وعلى الأول فاختلف من أين تؤدى زكاته؟

فقيل: من عند ربه.

وقيل: من المال.

وأما إن كانا محتكرين فالمنصوص أنه لا زكاة قبل الانفصال، ولو طال ولو نَضّ.

وَخَرَّجَ اللخمي كونه إذا نَضّ أن يُزَكَّى قياسًا على أحد القولين المتقدمين في المال المدير أنه يُقَوَّم كل حول ويزكى قبل المفاصلة.

وإذا فَرَّعْنَا على المنصوص فهل يزكيه لسَنَةٍ واحدة، وهو الصحيح، أو لماضي السنين؟ قولان.

وأما إذا كان أحدهما [مدارًا][2] والآخر محتكرًا [فأجراه ابن محرز على الخلاف في

---

(١) زيادة من ب.

(٢) في ب: مديرًا.

وإن اقتسما قبل حلول الحول بنى رب المال على حوله، واستقبل العامل بحصته حولاً، وزكاه إن كان حصل له نصاب.

ولا يجوز أن يشترط رب المال زكاة المال على العامل في حصته، ولا بأس أن يشترط واحد منهما زكاة الربح على الآخر في حصته منه لأنه جزء معلوم.

وإذا شرط أحد المتقارضين زكاة المال على صاحبه فإن وجبت في المال زكاة أخرجت منه، وإن كان أقل من نصاب فجزء الزكاة لمن اشترطه.

المالين إذا كان أحدهما مدارًا والآخر][1] غير مدار.

قوله: (وإن اقتسما قبل حلول الحول بنى رب المال على حوله، واستقبل العامل بحصته حولاً).

يفهم من قوله: «**واستقبل العامل بحصته**» أنه أخذ نصابًا، وَصَرَّحَ بالشرطين فيها وهما استقباله، وكون منابه نصاب، وهو واضح؛ لأنهما [لو تفاصلا قبل حلول حول كان لكل واحد منهما حكم نفسه][2]، ولا شك أنَّ ما حصل بيد العامل فائدة لا يزكيه إلا بشرطين.

قوله: (ولا يجوز أن يشترط رب المال زكاة المال على العامل في حصته).

ما ذكره هو قولها[3].

ابن رشد[4]: اتفاقًا.

قوله: (ولا بأس أن يشترط كل واحد منهما زكاة الربح على الآخر في حصته منه لأنه جزء معلوم، وإذا شرط أحد المتقارضين زكاة المال على صاحبه فإن وجبت في المال زكاة أخرجت منه وإن كان أقل من نصاب فجزء الزكاة لمن اشترطه).

ما ذكره هو قولها[5]: وهو أحد الأقوال الخمسة:

(١) سقط من ب.

(٢) في ب: إما تفاصلا قبل حول كان لكل منهما حكم نفسه .

(٣) «التهذيب» (٣/ ٥٣٧).

(٤) «البيان» (١٢/ ٣٤٨).

(٥) «المدونة» (١/ ٣٢٩)، و«التهذيب» (١/ ٤٢٥).

وإن كان العامل في المال عبدًا أو مدبرًا أو مدينًا فلا زكاة عليه في حصته من الربح عند ابن القاسم.

وقال عبد الملك: الزكاة واجبة في حظه من الربح، وإذا كان رب المال عبدًا أو مدبرًا أو مدينًا فلا زكاة في المال، وإن كان العامل حُرًّا غير مدين.

وقيل: إنه ممنوع، قاله في «الأسدية»، وهو قول مالك في سماع أشهب.

وقيل: يجوز اشتراطه على العامل دون رب المال.

وعكسه.

وقيل: يكره شرط العامل على رب المال زكاة الربح، حكاه ابن حبيب عن ابن القاسم.

فظاهره: أن الكراهة على بابها.

قوله: (**وإذا كان العامل في المال عبدًا أو مديانًا فلا زكاة عليه في حصته من الربح عند ابن القاسم.**

وقال عبد الملك: **الزكاة واجبة في حصته من الربح**).

ما ذكره بيّن.

قوله: (**وإذا كان رب المال عبدًا أو مديانًا فلا زكاة في المال وإن كان العامل حرًّا غير مديان**).

ظاهره: على القولين معًا.

وقال ابن رشد في «مقدماته»[١]: أجمع أهل العلم فيما قد علمت أن رأس مال القراض وحصة رب المال من الربح يزكّى على ملك رب المال.

وأما حظ العامل من الربح فيخرج على ثلاثة أقوال:

يزكى على ملك رب المال دون اعتبار ملك العامل.

وعكسه.

الثالث: يزكى على ملكهما معًا [، وما][٢] سقطت عن أحدهما سقطت عن الآخر.

---

(١) «المقدمات» (١/ ٣١٥).

(٢) في ب: فيهما.

فصل: حكم زكاة القراض إذا كان المال نصابا وحصة رب المال دون النصاب:

وإذا كان المال كله نصاباً وحصة ربه منه دون النصاب، فلا زكاة فيه عند ابن القاسم.

وقال سحنون وغيره: فيه الزكاة، إذا كان جميعه نصاباً.

فصل: في منع القراض بالدين:

ومن كان له دين على رجل فلا يجوز أن يجعله قراضًا بينه وبينه، ....

وقال ابن بشير[(١)]: إن خوطب أحدهما دون الآخر ففيه ثلاثة أقوال.

فظاهره: أن الثلاثة منصوصة، ولم يعز ابن رشد من الثلاثة غير الأول، وذلك يقتضي كون الباقين تخريجًا.

قال بعض شيوخنا[(٢)]: والأقرب أنها مستقرآت من مسائل جزئية.

قوله: (**وإذا كان المال كله نصابًا وحصة [ربه]**[(٣)] **دون النصاب فلا زكاة فيه عند ابن القاسم.**

وقال سحنون وغيره: فيه الزكاة إذا كان جميعه نصابًا).

جعله سحنون أجيرا.

قوله: (**ومن كان له دين على رجل فلا يجوز أن يجعله قراضا بينه وبينه**).

يريد: إلا أن يقبضه ربه ثم يرده عليه قراضًا فإنه جائز، قاله فيها[(٤)].

قال ابن رشد[(٥)]: وعلى قولها فيمن صرف دنانير بدراهم ثم أراد أن يصرفها بدنانير مخالفة لعيونها؛ إن ذلك لا يجوز في المجلس ولا بعد اليوم واليومين والثلاثة حتى يبرأ من التهمة، لا يجوز رده إليه قراضًا إلا بعد أيام حتى يبرأ من التهمة.

---

(١) «التنبيه» (٢/ ١٨٢ب).

(٢) «مختصر ابن عرفة» (١١/ ٣٧١) .

(٣) في ب: ربحه .

(٤) «التهذيب» (٣/ ٥٣٨).

(٥) «البيان» (١٢/ ٣٨٦).

وكذلك لو أمر غيره فقبضه وجعله قراضًا بينهما لم يجز.

❁ ❁ ❁

وَفَرَّقَ غيره: بأن ما هنا خرج من ذمة إلى أمانة، وما في الصرف من ذمة إلى ذمة فما هنا أخف.

قال ابن رشد[١]: وعلى قول ابن حبيب في صاحب المال يعلم ضياع بعضه فيقول للعامل: اعمل بما بقي يكون ذلك قراضًا مؤتنفًا يصح جعل الدَّين قراضًا بمجرد إحضاره.

وعن أشهب: إن نزل مضى وهو بعيد.

قوله: (وكذلك لو أمر غيره بقبضه وجعله قراضًا بينهما لم يجزه).

ما ذكره من عدم الجواز مثله فيها[٢].

وَعَبَّرَ عنه ابن عبد البر في «الكافي»[٣]: بالكراهة.

وقال اللخمي: إن كان على حاضر موسر غير [مُلِدّ][٤] جاز.

وأمَّا القراض بالوديعة، فإن أحضرها فلا خلاف في الجواز، واختلف إذا كان قبل إحضارها على أربعة أقوال:

فقيل: يجوز.

وقيل: لا.

وقيل: إن كان المودع ثقة مأمونًا جاز.

وقيل: يكره.

❁ ❁ ❁

---

(١) «البيان» (١٢/ ٣٨٦).

(٢) «التهذيب» (٣/ ٥٣٧).

(٣) «الكافي» (٢/ ٧٧٢).

(٤) في ب: مالك.

باب: التعدي في القراض

فصل: في الأمة المشتراة من القراض إذا وطئها العامل وولدت:

وإذا اشترى العامل من القراض جارية فوطئها فلم تحمل فهي على القرض بينهما، ولا حد عليه في وطئها ، وإن حملت ففيها: روايتان:

إحداهما: أنها تكون أم ولد له ويغرم ثمنها.

والأخرى: أن ولدها حر وهي رقيق تباع في القرض، ولا تكون أم ولد لوطئها .

باب: التعدي في القراض

قوله: (**باب التعدي والضمان في القراض:**

وإذا اشترى العامل من القراض جارية فوطئها فلم تحمل فهي على القراض بينهما، ولا حد عليه في وطئها).

نَفْيُ الشيخ [الحدَّ][1] يقتضي أنه يُؤَدَّب، ويريد إلا أن يُعْذَر بجهل.

وما ذكر من ردها للقراض يعني إن شاء، وإن شاء ضمنه ربها قيمتها يوم الوطء أو ثمنها لتصريح ابن شاس[2] بذلك.

ونقل ابن يونس[3]: عن محمد: يغرم قيمتها، وإن كان عديماً بيعت فيها.

قوله:(**وإن حملت ففيها روايتان:**

إحداهما: أنها تكون أم ولد له ويغرم ثمنها.

والأخرى: أن ولدها حر وهي رقيق تباع في القراض، ولا تكون أم ولد لواطئها).

أراد «**بالثمن**» القيمة، ويعني بها يوم الوطء؛ لأنه يوم التعدي.

وقيل: إنما يلزمه قيمتها يوم الحمل.

وقيل: يلزمه أكثر القيمتين.

وقيل: الأكثر منهما ومن الثمن الذي اشتريت به.

---

(١) في أ: الحكم .

(٢) «عقد الجواهر» (٣/ ٩٠٢).

(٣) «الجامع» (٣/ ٥٣٠).

وإذا اشترى العامل بالقراض غنماً فزكاها ففيها روايتان:
إحداهما: أن الزكاة على رب المال من رأس ماله.
والأخرى: أنها ملغاة من الربح، ثم يقتسمان الفضل بعد ذلك.

وقيل: يلزمه الأكثر من ثمنها أو من قيمتها يوم الوطء، وكل هذا إذا كان العامل مليًّا، وأما لو كان معسرًا ففيه كلام يطول جلبه.

قوله: (**وإذا اشترى العامل بالقراض غنماً فزكاها ففيها روايتان:**
إحداهما: أن الزكاة على رب المال من رأس ماله.
والأخرى: أنها ملغاة من الربح ثم يقتسمان الفضل بعد ذلك).
الرواية الأولى هي نصها[١].

وإذا فَرَّعْنَا عليها فقال ابن حبيب: زكاتها على رب المال من هذه الغنم لا من غيرها، وتطرح قيمة الشاة المأخوذة من أصل المال، ويكون ما بقي رأس ماله، قاله مالك في رواية المصريين والمدنيين، بخلاف عبيد القراض، فإن زكاتهم بالنفقة ورأس المال هو العدد الأول؛ لأن هذه تزكى من رقابها، والفطرة مأخوذة من غير العبيد.

ابن يونس[٢]: واختلف أصحابنا في قول ابن حبيب هذا فقال أكثرهم: هو وفاق لها.

وظهر لي أنه خلاف، والدليل على ذلك: مساواة أبي محمد بينهما في «المختصر» و«النوادر»، ولا مدخل للتأويل في كلامه، وذلك أنه لما ذكر قولها قال: وكذلك زكاة الفطر عن عبيد القراض على رب المال في رأس ماله وليس من مال القراض مع ما يسعده من ظاهرها أو «كتاب محمد».

تكلم الشيخ بعد الوقوع والحكم كذلك ابتداء، فمعنى الرواية الأولى: أن زكاتها من هذه الغنم لا من غيرها، وتطرح قيمة الشاة المأخوذة من أصل المال ويكون ما بقي رأس ماله، وهذه هي روايتها في «كتاب الزكاة الثاني»، ونص «المجموعة»،

---

(١) «التهذيب» (٣/ ٥٢٢).
(٢) «الجامع» (٣/ ٥٣١).

فصل: في العامل يشتري في القراض عبدًا ممن يعتق على رب المال أو عليه:

وإذا اشترى العامل في القراض بالمال عبدًا ممن يعتق على رب المال وهو جاهل بذلك، فهو حُرٌّ على رب المال، وللعامل حصته من الربح إذا كان في المال ربح.

والثانية في «مختصر ابن عبد الحكم»، وَنَصّ أشهب في «كتاب محمد».

قال اللخمي: ويجري فيها قول ثالث: أنها متى بيعت بربح فضت الزكاة، فكان على العامل منها بقدر ربحه، ولم يُعَيِّن الأصل الذي يتخرج عليه.

وأشار لقول أشهب في زكاة فطر عَبِيدِه.

وإذا فَرَعنا على الرواية الأولى فهل الحكم كذلك في عَبِيد القراض أن زكاة فطرهم على رب المال من رأس ماله وزكاتهم كالنفقة، ورأس المال هو العدد الأول؛ لأن الماشية تزكى من رقابها، والفطرة مأخوذة من غير العبيد؟ في ذلك قولان:

الأول: نَصّ أبي محمد في «المختصر» و«النوادر»(١).

والثاني: نَصّ ابن حبيب، والأكثر على أنه وفاق لها.

وقال ابن يونس(٢): خلاف لها.

قوله: (وإذا اشترى العامل في القراض بالمال عبدًا ممن يعتق على رب المال جاهلًا بذلك فهو حر على رب المال وللعامل حصته من الربح إن كان في المال ربح).

ما ذكر مثله فيها(٣).

ابن رشد(٤): يريد إن كان في المال ربح يوم الشراء مثل أن يكون رأس المال مائة، ربح فيها مائة فاشترى بالمالين فحظ العامل الربع فيغرم رب المال للعامل قيمة العبد يوم الحكم.

---

(١) «النوادر» (٧/ ٢٧٢).

(٢) «الجامع» (٣/ ٥٣٢).

(٣) «التهذيب» (٣/ ٥٣٩).

(٤) «المقدمات» (٣/ ٢١).

وإذا كان عالمًا بذلك فهو حُرّ على العامل وهو ضامن لثمنه، وولاؤه لرب المال، وإن اشترى عبدًا ممن يعتق عليه، وفيه فضل، وهو موسر، عتق عليه وغرم لرب المال نصيبه.

قال بعض شيوخنا(١): وصوابه أن يقول: ربع قيمة العبد.

وما ذكر الشيخ من عتقه على رب المال هو المشهور.

وقيل: لا يعتق على واحد منهما، قاله ابن القاسم.

قوله: (**وإن كان عالمًا بذلك فهو حر على العامل وهو ضامن لثمنه، وولاؤه لرب المال**).

ما ذكر مثله فيها(٢)، وظاهرها: كان الثمن أكثر من القيمة أم لا؟

وهو كذلك، صَرَّحَ به ابن المواز.

وما ذكر من التفصيل بين العلم وعدمه استشكله ابن عبد السلام؛ لأن العامل كالنائب في التصرف عن رب المال، فعقد هذه الوكالة أن تضمن دخول هذا العبد كما تضمن غيره من العبيد لزم إعتاقه على رب المال، ولا أثر لعلم العامل ولا لجهله.

[وإن لم](٣) يتضمن ذلك كان اشتراء العامل له كسلعة نهاه عن شرائها فلا تلزم رب المال ولا يلزم العامل إعتاق هذا العبد.

وقال ابن رشد(٤): يتحصل في هذه المسألة إذا اشتراهم وهو يعلم ستة أقوال: فانظره، ولولا الإطالة لذكرناه.

قوله: (**وإن اشترى عبدًا ممن يعتق عليه هو وفيه فضل وهو موسر عتق عليه وغرم لرب المال نصيبه**).

ظاهره: أنه لا فرق بين علمه وعدمه، وهو كذلك بالنسبة إلى كونه يعتق عليه،

---

(١) «مختصر ابن عرفة» (١١/ ٤٤١).

(٢) «التهذيب» (٣/ ٥٣٩).

(٣) في أ: وأن.

(٤) «المقدمات» (٣/ ٢٦).

وإن لم يكن فيه فضل وهو موسر ففيها خلاف بين أصحابنا فيما أظنه على وجهين:

أحدهما: أنه يعتق عليه ويغرم لرب المال ثمنه.

والآخر: أنه لا يعتق عليه.

وإن كان العامل معسرًا وفي العبد فضل عتق عليه نصيب من الفضل ولم يعتق عليه باقيه، وإن لم يكن فضل لم يعتق منه شيء.

❋ ❋ ❋

ويفترق الحكم بماذا يُعْتَق عليه عند ابن القاسم، فإن كان عالمًا عُتِق عليه بالأكثر من ثمنه أو قيمته، وإن كان غير عالم فبقيمته.

وقال المغيرة: بقيمته فيهما.

قوله: (**فإن لم يكن فيه فضل وهو موسر ففيها خلاف بين أصحابنا فيما أظنه على وجهين:**

أحدهما: أنه يعتق عليه ويغرم لرب المال ثمنه.

والآخر: أنه لا يعتق عليه).

القول الأول منهما قول ابن المواز قائلًا: وسواء علم أم لا.

والثاني: هو قول ابن القاسم فيها بشرط: إذا لم يعلم، فما ظَنَّه الشيخ من مُطْلَق القولين صحيح إلا أن في كلامه بترًا للقول الثاني.

وما ذكرناه من التفصيل في قول ابن القاسم هو نقل ابن يونس واللخمي، وظاهر «اختصار البراذعي» مطلقًا كنقل الشيخ.

قوله: (**وإن كان العامل معسرًا، وفي العبد فضل عتق عليه نصيبه من الفضل ولم يعتق باقيه، وإن لم يكن فيه فضل لم يعتق منه شيء،والله أعلم**).

هذا داخل تحت قوله: «**فيما أظنه**».

❋ ❋ ❋

كتاب المساقاة

باب: في المساقاة وحكمها

فصل: في صفة المساقاة:

قال مالك يرحمه الله: والمساقاة جائزة، وهي المعاملة على النخل، والكرم وسائر الشجر التي فيها الثمر.

كتاب المساقاة

قال ابن رشد[١]: المساقاة: عبارة عن العمل في الحائط بجزء من ثمرته.

وانتقده بعض شيوخنا[٢]: بأنه غير مانع؛ لأنها لا تنعقد بلفظ الإجارة عند ابن القاسم خلافًا لسحنون، وإذا وقعت كذلك يحكم فيها بالإجارة الفاسدة لا بالمساقاة الفاسدة، بأنه غير جامع لأن كلامه يقتضي: أنها لا تلزم إلا بالعمل، وليس كذلك بل تلزم بالعقد .

قلت: وينتقض عليه أيضًا بقولها[٣]: (ولا بأس بالمساقاة على أن كل الثمرة للعامل).

قال بعض شيوخنا[٤]: هذه عقد على عمل مؤنة النبات بقدر لا من غير غلته لا بلفظ بيع أو إجارة أو جعل.

باب: في المساقاة وحكمها

فصل : في صفة المسافاة:

قوله: (**[قال مالكٌ رحمه الله: والمساقاة جائزة، وهي المعاملة على]**[٥] **النخل والكرم وسائر الشجر التي يتكرر فيها الثمر**).

---

(١) «المقدمات» (٢/ ٥٤٧).

(٢) «مختصر ابن عرفة» (١٢/ ٧،٨) .

(٣) «التهذيب» (٣/ ٤٠٩).

(٤) «مختصر ابن عرفة» (١٢/ ٦، ٧).

(٥) في ب: ولا بأس بمساقاة .

والمساقاة من جداد جداد، ولا بأس بمساقاة الزرع إذا استقل وعجز عنه زارعه، ولا يجوز مساقاة صغير قبل استقلاله، ولا بأس بمساقاة المباطخ والمقاثي إذا استقلت وعجز عن سقيها أربابها.

ولا تجوز المساقاة في الثمر كله إلا بجزء معلوم منه قليلاً كان أو كثيرًا، ....

لا بأس لصريح الإباحة.

قال عبد الوهاب[١]: وهي مستثناة من أصول ممنوعة.

وأراد الشيخ: أنه يجوز مساقاة كل ذي أصل من الثمر كما صَرَّحَ به فيها[٢].

ويريد: وإن لم تطلع ثمره ولم يعجز عنه.

قوله: (ولا بأس بمساقاة الزرع إذا استقل وعجز عنه زارعه، [ولا تجوز مساقاة صغير][٣] **قبل استقلاله)**.

ما ذكره هو قولها[٤]، وأحد الأقوال الأربعة:

وقيل: لا يجوز مساقاته وإن عجز عنه صاحبه، قاله ابن عبدوس.

وقيل: بعكسه، قاله ابن نافع.

وقيل: تُكره مساقاته، رواه محمد.

ولا خصوصية للزرع في هذه الأقوال، بل وكذلك ما أشبهه كالقطاني[٥].

قوله: (ولا بأس بمساقاة المباطخ والمقاثي إذا استقلت وعجز عن سقيها أربابها، ولا تجوز المساقاة للثمر كله إلا بجزء معلوم منه قليلًا كان أو كثيرًا).

جعله الشيخ كالزرع، وقد علمت ما فيه، ولا خصوصية لما ذكره، بل وكذلك الباذنجان والكمون والبصل.

وفيها[٦]: «ولا بأس بمساقاة الورد والياسمين والقطن».

---

(١) «المعونة» (٢/ ١١٣٢).

(٢) «المدونة» (٣/ ٥٧٨)، و«التهذيب» (٣/ ٤٢٢).

(٣) في ب: ولا يجوز مساقاته صغيرًا .

(٤) «التهذيب» (٤٢٢).

(٥) القطاني: هي الفول، والجلبان، واللوبيا، والعدس، وشبهها. «المدونة» (١/ ٣٨٤).

(٦) «المدونة» (٣/ ٥٧٨)، و«التهذيب» (٣/ ٤٢٣) .

وعلى العامل في المساقاة السقي والإبار والحفاظ والجداد، وعلوفة الدواب، ونفقة العامل في المال.

ابن رشد(١): كان أبو عمر بن القطان يحمل قولها على الجواز وإن لم يعجز عنه ربه بخلاف المقاثي والزرع، وهو بعيد إذ لا فرق بين القطن والزرع والمقاثي، ولا يختلف في الورد والياسمين أنه لا يعتبر فيهما العجز.

قوله: (وعلى العامل في المساقاة السقي والإبار والجداد والحفاظ وعلوفة الدواب ونفقة العمال في المال)

اعلم أن عمل المساقاة [كلي](٢) في الذمة كمُسلَم فيه، فيجب ذكره في العقد مبينًا كوصف المسلم فيه.

وقال ابن الحاجب(٣): ولا يشترط تفصيل العمل، ويعمل على العُرف.

قال ابن عبد السلام: لعل مراده: إذا كان العُرف [مضبوطًا](٤)، وإلا فلا بُدَّ من البيان.

وقد [قيل](٥): لا بد من تفصيله؛ لأنه اختلف في أمور هل هي على العامل، أو رب الحائط؟، فالسكوت عنها جهالة.

والإبار: هو التلقيح.

وما ذكره الشيخ فيه هو أحد قولي مالك.

وعنه: على رب الحائط.

وَتَأَوَّلَ بعضهم الأَوَّل: على أن على العامل عمله وتعليقه، والثاني: الشيء الذي يُلَقّح به.

قال اللخمي: وليس ببيِّنٍ.

---

(١) «البيان» (١٢/ ١٦٦).

(٢) في أ: كل.

(٣) «جامع الأمهات» (ص/ ٤٣٠).

(٤) في ب: منضبطًا.

(٥) في ب: يقال.

وما هلك من الدواب والرقيق أو انكسر من الدواليب الزرانيق، فعلى رب المال خلفه وإصلاحه.

فصل في عقد المساقاة:

وعقد المساقاة لازم للمتعاقدين وليس لأحدهما فسخه بعد عقده إلا برضى صاحبه.

ويدخل في قول الشيخ: «والجداد» حصاد الزرع ولقط الزيتون، وهذا ما لم يكن عرف كتونس، فإن لقطه ليس على العامل لكثرة مؤنته، وفي عصر الزيتون خلاف، هل هو على العامل أم لا؟

وظاهر كلام الشيخ: أنه ليس عليه ذلك ولا درس الزرع.

وما ذكر في علوفة الدواب والغلمان هو قولها، ولمالك في «مختصر ما ليس في المختصر»: نفقة ذلك على رب الحائط.

قال اللخمي: وهذا هو مقتضى القياس؛ ولأنها على العامل طعام بطعام إلى أجل، وما فيها قدم خبر الواحد على القياس؛ لأنه ﷺ ما كلف شيئًا من ذلك لأهل خيبر.

قوله: (وما هلك من الدواب والرقيق أو انكسر من الدواليب والزرانيق، فعلى رب المال خلفه وإصلاحه).

يريد: وكذلك إذا غاب الرقيق أو أبق.

وظاهر كلام الشيخ: وإن لم يشترط العامل ذلك وهو كذلك؛ لأن الحكم يوجبه.

قوله: (وعقد المساقاة لازم للمتعاقدين، وليس لأحدهما فسخه بعد عقده إلا برضا صاحبه).

ما ذكر مثله فيها[1]، وفي «الموازية» و«الواضحة».

وقيل: لا يلزم إلا بالشروع، حكاه أشهب، ولم يبين أنه لأصحاب مالك أو لغيرهم.

---

(١) «التهذيب» (٣/ ٤١٤).

ولا بأس بمساقاة الحائط سنين عدة، ....

وقال سحنون: أولها لازم كإجارة، وتأخرها إذا عجز كالجعل لم يكن له فيها عمل شيء.

وظاهر كلام الشيخ: أنه ثالث وليس كذلك؛ لأن العجز كذلك عل القول الأول، هو إلا تتميم للمشهور.

قوله: (ولا بأس بمساقاة الحائط سنين عدة).

في كلامه بترٌ لقولها[1]: «ويجوز أن يساقيه سنين ما لم تكثر جدًّا».

قيل: فعشرة.

فقال: لا أدري تحديد عشرة ولا ثلاثين.

ولعدم حصر جوابه اختصرها سؤالًا وجوابًا، وَضَعَّفَ قول مَن قال: كل ما هو لمالك لا يُسأل عنه، والصواب: السؤال عنه كما إذا كان الجواب لابن القاسم.

قوله: (وإذا مات أحد المتعاقدين قام ورثته مقامه).

في كلامه بترٌ فيما إذا مات العامل لقولها[2]: «وإذا مات العامل في النخل، قيل لورثته: اعملوا كعمله، فإن أبوا لزم ذلك في ماله، فإن كانوا غير مأمونين لم يأخذوه وأتوا بأمين».

ويريد: إذا كان من أتوا به مثله في الأمانة لنصها[3] بذلك.

قيل: في قولها[4]: (ولمن سوقي في نخل أو زرع مساقاة غيره في مثل أمانته، فإن ساقى غير أمين ضمن)، والمُعَوَّل على المفهوم الأَوَّل عند ابن عبد السلام وكان بعضهم يحمل آخر الكلام مفسرًا لأَوَّله، فالمعول عنده على المفهوم الثاني، وهو: الاكتفاء بمطلق الأمانة، ولم يذكر اللخمي عن المذهب غير هذا.

(١) «التهذيب» (٣/ ٤١٥).

(٢) «التهذيب» (٣/ ٤١٩).

(٣) «المدونة» (٣/ ٥٦٦).

(٤) «التهذيب» (٣/ ٤١٢).

ولا بأس بمساقاة الذمي واليهودي، والنصراني، ويكره للمسلم أن يعمل مع الذمي مساقاة أو غيرها من الإجارات.

وذكر ابن رشد(١) في ذلك قولين مُخَرَّجَيْن من الخلاف في الشفعة إذا اشترى شقصًا بثمن إلى أجل.

فقال محمد: لشفيعه الشفعة فيه إن كان مليًّا دون المشتري في الملاء بغير حميل يلزمه.

وقال أشهب: ليس له ذلك إلا بحميل مثل المشتري في الملأ.

قوله: (ولا بأس بمساقاة الذمي اليهودي والنصراني).

في كلامه بترٌ لقولها(٢): «ولا بأس أن تدفع حائطك إلى نصراني مساقاة إن أمنت أن يعصره خمرًا».

قال ابن العربي(٣): انظر كيف يقول مالك هذا، وهو عليه الصلاة والسلام قد ساقى أهل خيبر، إلا أن يقال: الممنوع إذا كانوا يبيعونها لمسلم، ولا يقال: كان ذلك قبل تحريمها لأن فتح خيبر بعد تحريمها.

قلت: قال بعض شيوخنا(٤): وظاهر قولها(٥): «إن أمنت» أنه محمول على عدم الأمن حتى يعلم الأمن.

قوله: (ويكره للمسلم أن يعمل للذمي مساقاة أو غيرها من الإجارات).

ظاهره: أن الكراهة على بابها، وهو كذلك عند ابن القاسم، وفُهم قول مالك بالكراهة أنه أراد التحريم؛ لأنه علله بالمذلة.

قال فيها(٦): «وكره مالك أخذك من نصراني مساقاة أو قراضًا».

---

(١) «البيان» (١٢/ ٣٢٠).
(٢) «التهذيب» (٣/ ٤٢٠).
(٣) «القبس» (١/ ٨٦١)، و«المسالك» (٦/ ١٧٣).
(٤) «مختصر ابن عرفة» (١٢/ ٢٦٣).
(٥) «التهذيب» (٣/ ٤٢٠).
(٦) «التهذيب» (٣/ ٤٢٠).

فصل: في مساقاة حوائط عدة في صفقة واحدة:

ولا بأس أن يساقي الرجل حوائط مختلفة الثمر ومؤتلفة على جزء معلوم واحد في صفقة واحدة، ولا يجوز أن يساقي حوائطه مختلفة أو مؤتلفة في صفقة واحدة على أجزاء مختلفة، ولا بأس بذلك في صفقات عدة.

ولست أراه حرامًا فنسبة عدم التحريم له يدل أنه فهم قول مالك بالكراهة أنه أراد بها التحريم.

قوله: (ولا بأس أن يساقي الرجل حوائط مختلفة الثمر، أو مؤتلفة [على غير جزء واحد معلوم](١) **في [صفقة]**(٢) **واحدة، ولا يجوز أن يساقي حوائط مختلفة أو مؤتلفة في صفة واحدة على أجزاء مختلفة، ولا بأس بذلك في صفقات غيره).**

ما ذكره متفق عليه، وعلل في «كتاب المنع» بأنه خطر في أن ثمر أحدهما دون الآخر.

وظاهر كلام الشيخ كظاهرها: أنه لو عملا في صفقتين إنه جائز ولو كان بالقرب، وهو كذلك، وعليه عملي في أحكامي فيما على يد القضاة من الأجنة المحبسة، وهو أصل مختلف فيه في الملحقات [بالعقود وهل](٣) تُعد كأنها حاصلة فيه أم لا؟

وهذا ما لم يكن تفاهم فيه.

ابن يونس(٤): فإن وقعت على الوجه الغير الجائز وفات بالعمل رد العامل [المساقاة](٥).

مثله قال ابن حبيب.

وَنَحَى ابن القاسم في «كتاب القراض» إلى أنه كان أجيرًا.

قال: لأنه خطر.

(١) في ب: غير جزء معلوم.

(٢) في أ: صفة.

(٣) في أ: بالعقول هل.

(٤) «الجامع» (٩/ ١٠٠).

(٥) في أ: بالمساقاة.

فصل: في مساقاة الحائط ويه بياض ونخل وشجر:

ومن ساقى حائطًا فيه بياض ونخل وشجر، وسكت عن ذكر البياض فهو لربه بزرعه أو يؤاجره أو يتركه.

فإن اشترطه العامل لنفسه جاز إن كان يسيرًا ولم يجز إن كان كثيرًا.

والمراعاة في ذلك أن تكون أجرة البياض الثلث، وثمن الثمرة الثلثين، فإذا كان كذلك فهو جائز ويكون البياض حينئذ تبعًا للنخل والشجر.

وإن كانت أجرته أكثر من ذلك لم يجز له لأنه مقصود،.................

قلت: وذكر ابن رشد[1] قول ابن حبيب غير معزو كأنه المذهب.

قوله: (ومَن ساقى حائطًا فيه بياض ونخل وشجر وسكت عن ذكر البياض فهو لربه يزرعه أو يؤاجره أو يتركه).

ما ذكر أنه يكون لربه هو مقتضى رواية ابن نافع.

وقال ابن حبيب ومحمد: يكون للعامل.

قوله: (وإن اشترطه العامل لنفسه جاز إن كان يسيرًا، ولم يجز إن كان كثيرًا، والمراعاة في ذلك أن تكون أجرة البياض الثلث وثمن الثمرة الثلثين، فإذا كان كذلك فهو جائز، ويكون البياض حينئذٍ تبعًا للنخل والشجر، وإن كانت أجرته أكثر من ذلك لم يجز؛ لأنه مقصود).

وما ذكر أنه يشترط أن يكون البياض قدر الثلث.

يريد: فأدنى، وهو كذلك في «كتاب الدور والأرضين» منها[2].

ورُوي عن مالك: أن الثلث كثير.

وما ذكر أن الثلث يكون تبعًا لثمرة جميع الحائط، [قال الباجي[3]: هو ظاهر أقوال أصحاب مالك.

---

(١) «المقدمات» (٣/ ٢٦).

(٢) «التهذيب» (٣/ ٤٣٤).

(٣) «المنتقى» (٥/ ١٣٦).

وإن اشترط رب المال على العامل بعض ما يخرج من البياض فهو جائز إذاكان جزءًا مثل الجزء الذي ساقاه عليه في النخل والشجر.

وإن كان جزء ما يخرج من البياض مخالفًا لجزء الثمر لم يجز.

وقال ابن عبدوس: إنما يراعى البياض عندي أن يكون تبعًا لثمرة جميع الحائط][1]، إذا اشترطت أن يكون جميع ما ينبت فيه بينهما، فأما إن ألغي للعامل فإنما يراعى ما هو تبع لحصة العامل.

قوله: (**وإن اشترط رب المال على العامل بعض ما يخرج من البياض فهو جائز، إذا كان جزءًا مثل الجزء الذي ساقاه عليه في النخل والشجر، [وإن كان جزء الزرع مخالفًا لجزء الثمر لم يجز)]**[2].

قال فيها[3]: «وإن كان على أن يزرعه العامل [من][4] عنده ويعمله، فما أنبتت فبينهما فجائز».

قال مالك: وأحب إليَّ أن يلغى البياض للعامل وهو أحله.

واعترض قول مالك: «وهو أحله» بأنه ﷺ لم يلغه، وفعله الراجح.

وأجاب عبد الحق: جاء حديث آخر «أنه ﷺ تركه لهم».

وظاهر قوله: «وهو أحله» يقتضي أنه يقال في الحلال: حلال وأَحَلّ، وكذلك يقال في الحرام: حرام [وأحرم][5]، كما قال في «كتاب الجعل والإجارة».

قيل لمالك: فإن ضرب للجعل أجلًا.

قال: هذا أحرم.

وهو إما باعتبار قوة الدليل وضعفه، وإما باعتبار كثرته [وَقِلَّتِه][6].

---

(١) سقط من ب .

(٢) في ب: وإن كان جزء ما يخرج من البياض مخالفا لجزء الثمن لم يجز .

(٣) «التهذيب» (٣/ ٤٢١).

(٤) سقط من ب .

(٥) زيادة من ب.

(٦) في ب: مثله .

فصل: في الجائحة في المساقاة:

ومن ساقى حائطًا فأصابت ثمره جائحة فأتلفت منه أقل من ثلثه، فالمساقاة صحيحة لازمة، وإن أتلف ثلثه فصاعدًا ففيها روايتان:

إحداهما: أن العامل بالخيار بين فسخ المساقاة والإقامة عليها.

والأخرى: أنها لازمة إلا أن تكون الجائحة أتت على طائفة من النخل أو الشجر بعينها فتنفسخ المساقاة فيها وحدها، وتلزمه فيما سواها.

قوله: (**ومَن ساقى حائطًا فأصابت ثمرته جائحة فأتلفت منه أقل من ثلثه، فالمساقاة صحيحة لازمة، وإن أتلفت ثلثه فصاعدًا ففيها روايتان:**

إحداهما: أن العامل بالخيار في فسخ المساقاة أو القيام عليها.

والأخرى: أنها لازمة إلا أن تكون الجائحة أتت على طائفة من النخل أو الشجر بعينها فتفسخ المساقاة فيها وحدها وتلزم فيما سواها).

وتحصيل ما ذكر: إن كانت [الجائحة][1] أقل من الثلث، فلا يختلف قول مالك: إن المساقاة صحيحة، وإن بلغت الثلث فروايتان:

الأولى: جائحة وله الخيار.

والأخرى: أنه لا [خيار][2] له.

وقصد بقوله: «**إلا أن تكون الجائحة...**» إلى آخره: أنه لا خيار له فيه، وليس هو من الرواية وإنما هو من تتمة كلام ابن المواز.

فأما الرواية الأولى فهي رواية سعد بن عبد الله المعافري فيها، والرواية الثانية رواها أشهب خارجها فقال: لا جائحة في المساقاة، ولا للعامل أن يخرج منها، ولا تفسخ المساقاة، وهما شريكان في النماء والنقصان.

وفي كلامه بترٌ لرواية ابن القاسم: بأنها جائحة وإن كانت أقل من الثلث.

---

(١) في أ: جائحة .

(٢) سقط من أ .

فصل: فيما لا يجوز في المساقاة:

ولا يجوز لرب المال أن يشترط على العامل بئرًا يحفرها ولا عينًا يرفعها، ولا ضفيرة يبنيها ولا شيئًا تبقى منفعته لرب الحائط بعد انقضاء المساقاة.

قال فيها في «كتاب الجوائح»[(١)]: قال مالك: وتوضع الجائحة في المساقاة.

وحفظ عنه سعد[(٢)]: إن أجيح دون الثلث لم يوضع عنه سقي [شيء][(٣)] من الحائط ولزمه عمل الحائط، وإن كانت الثلث فأكثر خُيرِّ، فإن شاء سقى جميع الحائط وإن شاء ترك جميعه.

و[أراد][(٤)] ابن القاسم بكونه جائحة أنه يترك سقي ما أجيح منه، ولا يريد أنه يرجع بقيمة العمل وبما أنفق.

قال ابن القاسم في «الأم»[(٥)]: وقد تكلم مالك بما روى سعد وأنا عنده فلم أحفظه لبُعْده، وكان سعد أقرب إليه مني فأخبرني به سعد.

وبه تعلم مهابة مالك عندهم، إذ لم يقدر على أن يطلب منه أن يعيده عليه.

وقد قال في «كتاب النكاح الثاني»[(٦)]: وما اجترأنا على سؤال مالك في الخنثى.

قوله: (ولا يجوز لرب المال أن يشترط على العامل بئرًا يحفرها ولا عينًا يرفعها ولا ضفيرةً يبنيها، ولا شيئًا تبقى منفعته لرب الحائط بعد انقضاء المساقاة).

قوة كلامه يقتضي: أن المنفعة الباقية لها اعتبار، وأما لو كانت منفعةً يسيرة ككنس تراب العين فإنه جائز، وهو كذلك، قاله فيها.

---

(١) «المدونة» (٣/ ٥٩١).

(٢) «التهذيب» (٣/ ٤٣٣).

(٣) سقط من ب.

(٤) في أ: رأي .

(٥) «المدونة» (٣/ ٥٩١).

(٦) «المدونة» (٢/ ١٧٣)، و«التهذيب» (٢/ ٢٠٩).

ولا يجوز أن يشترط عليه كيلاً من الثمر يختص به ويكون ما بقي بينهما على جزء يتفقان عليه.

فصل: في الزكاة في المساقاة:

وإذا كان ثمر الحائط خمسة أوسق، فالزكاة فيه واجبة، وإن لم يكن في حصة كل واحد منهما نصاب كامل.

قوله: (ولا يجوز أن يشترط عليه كيلًا من التمر يختص به، ويكون ما بقي بينهما على جزء يتفقان عليه).

ما ذكره واضح للغرر.

قوله: (وإذا كان تمر الحائط خمسة أوسق فالزكاة فيه واجبة وإن لم يكن في حصة كل واحد منهما نصاب كامل).

يعني: إذا لم يشترط الزكاة على أحدهما، فالزكاة فيهما واجبة، ويقتسمان ما بقي، وهكذا قال فيها.

فعلى هذا: لو لم يبلغ النصاب وكان لرب المال ما إن ضمه إليه يبلغ النصاب فإنه يزكي عنه بقدره ويقتسمان ما بقي.

ولو كان رب الحائط ممن لا تجب عليه ككونه عبدًا، والعامل ممن تجب عليه فإنها تسقط، وهو كذلك، وتقدمت رواية أشهب: أنه لا جائحة في المساقاة ولا تفسخ، وهما شريكان في النماء والنقصان.

قال اللخمي: وهي تقتضي أن يكون [حظَّ][1] العامل يطيب على [ملك][2]، وإن سقيه من الآن لنفسه، وهو فيها كالشريك، ولا تجب الزكاة إلا على مَن في حظه نصاب إن اختلفت أجزاؤهما، وإن أصابا أربعة أوسق لكل واحد منهما نخل فيها من الثمرة ما إن أضافه لحظه كان نصابًا وجبت الزكاة عليه.

---

(١) في أ: خلط.

(٢) في ب: ملكه.

ولا بأس أن يشترط كل واحد منهما الزكاة على صاحبه في حصته دونه، أخرج الحائط نصابًا أو دونه لأن ذلك جزء معلوم.

❁ ❁ ❁

قوله: (ولا بأس أن يشترط كل واحد منهما الزكاة على صاحبه في حصته دونه، أخرج الحائط نصابًا أو دون نصاب لأن ذلك جزء معلوم).

ما ذكر مثله فيها، وهو أحد الأقوال الأربعة:

وقيل بعكسه: لا تجوز، قاله في «الأسدية».

وقيل: يجوز على العامل فقط، رواه أشهب.

وقيل: بعكسه.

قال ابن رشد[1]: وقولها أظهر إن كان الحائط لا تسقط [منه][2] غالبًا، [ويحمل][3] قولها على هذا؛ لأن النادر لا يعتبر في إحالة الحكم على وجهه.

وقول «الأسدية»: على الحائط الصغير المحتمل ثبوتها و[سقوطها][4]، فلا يكون اختلافًا.

❁ ❁ ❁

---

(١) «البيان» (١٢/ ١٦٣).

(٢) في أ: معه.

(٣) في أ: يحتمل.

(٤) في أ: نقودها.

كتاب المزارعة

باب: المزارعة وكراء الأرض بالطعام وغيره

فصل في الشركة في الزرع:

ولا بأس بالشركة في الزرع إذا تكافأ في العمل والمؤنة والبذر. ولا يجوز أن تكون الأرض من عند أحدهما والبذر من عند الآخر.

باب: المزارعة وكراء الأرض بالطعام وغيره

قوله: (**قال مالك رحمه الله: ولا بأس بالشركة في الزراع إذا تكافآ في العمل والمؤنة والبذر**).

ظاهره: وإن لم يشتركا في الرقاب، وهو كذلك على المشهور.

وروى ابن غانم: عن مالك: أنه لا يجوز حتى يشتركا في الرقاب.

والقولان فيها.

وَعَبَّر عن ابن غانم ببعض الرواة.

أما لو اشتركا في الرقاب فإنها جائزة اتفاقًا، قاله عياض [١].

وقال ابن الحاجب[٢]: والمشهور جوازها وإن لم يشتركا في الرقاب والآلة.

قال ابن عبد السلام: فظاهره أن الشاذ منعها سواء اشتركا في الرقاب أم لا، وليس كذلك.

قلت: **قال بعض شيوخنا**[٣]: إنما هو ظاهر إن جعلنا الواو عاطفة، [ذلك][٤] غير متعين لجواز كونها واو الحال فيكون الخلاف إنما هو إذا لم يشتركا في الرقاب.

قوله: (**ولا يجوز أن تكون الأرض من عند أحدهما والبذر من عند الآخر**).

ظاهره: سواء تساويا فيما سواهما أو تفاوتا، وهو كذلك.

---

(١) «التنبيهات» (٣/ ١٤٦٢).

(٢) «جامع الأمهات» (ص/ ٤٣٢).

(٣) «مختصر ابن عرفة» (١٢/ ٦٤).

(٤) في أ: كذلك.

ولا بأس إذا كانت الأرض بينهما شراء أو بكراء أن يكون البذر من عند أحدهما والمؤنة من عند الآخر إذا تكافأ في قيمة ذلك.

وإذا زرعا أرضًا والبذر من عند أحدهما، والأرض من عند الآخر، وتكافآ فيما سوى ذلك، فالزرع بينهما نصفان وعلى صاحب الأرض نصف مكيلة البذر، وعلى صاحب البذر نصف كراء الأرض.

فصل: في الشريك يساهم بالبذر فقط أو بالأرض فقط:

وإذا دفع رجل إلى رجل بذرًا يبذره في أرضه على أن الزرع بينهما نصفان،

ويريد: إذا كانت [للأرض][(١)] قيمة.

وما ذكر من عدم الجواز، قال فيه عياض[(٢)]: هو كذلك باتفاق؛ لاشتمالها على كراء الأرض بما يخرج منها، إلا على قول الداودي في جواز كرائها بما يخرج منها، والأصيلي، ويحيى بن يحيى في جواز كرائها بالجزء، وكلاهما خلاف مذهب مالك وأصحابه، وما سوى هذا [الوجه][(٣)] وما قبله من الاتفاق فيما إذا اشتركا في الرقاب أنه جائز فيه خلاف مشهور في الأصول معلوم.

قوله: (**ولا بأس إذا كانت الأرض بينهما بكراء أو شراء أن يكون البذر من عند أحدهما والمؤنة من عند الآخر إذا تكافآ في قيمة ذلك، وقد قيل: لا ينبغي [ذلك][(٤)] إلا أن يشتركا في الكل**).

قد تقدم الآن ما فيه من الخلاف.

قوله: (**وإذا زرعا أرضًا والبذر من عند أحدهما والأرض من عند الآخر وتكافآ فيما سوى ذلك، فالزرع بينهما بنصفين، وعلى صاحب الأرض نصف مكيلة الأرض، وعلى صاحب البذر نصف كراء الأرض، وإذا دفع رجل لرجل بذرًا يبذره في أرضه**

---

(١) في ب: الأرض .

(٢) «التنبيهات» (٣/ ١٤٤٨).

(٣) في أ: ألجؤوه .

(٤) زيادة من ب.

فالزرع كله لصاحب الأرض وعليه مكيلة البذر لربه. وإذا دفع رجل إلى رجل أرضًا يزرعها ببذر من عنده على أن الزرع بينهما نصفان فالزرع كله لزارعه إذا كان الزارع هو الخادم له، والمقيم له، ولصاحب الأرض كراء المثل في أرضه.

على أن الزرع بينهما نصفان فالزرع كله لصاحب الأرض وعليه مكيلة البذر لربه، وإذا دفع رجل إلى رجل أرضًا يزرعها ببذر من عنده على أن الزرع بينهما نصفان فالزرع كله لزارعه، ولصاحب الأرض كراء المثل في أرضه).

لَمَّا تَكَلَّم أولًا على عدم الجواز أخذ الآن يتكلم على الحكم بعد الوقوع، وذكر أن الزرع يكون بينهما نصفين، ويذكر في التي تليها أنهما إذا تفاوتا يكون الزرع لمن له اثنان من ثلاثة وهي الأرض والبذر وجميع العمل.

ويتحصل في الشركة الفاسدة وذلك فيما هو أَعَمّ من صورتي الشيخ ستة أقوال:

أحدها: ما ذكر الشيخ بالمعنى في كل صورة، وهو حيث التساوي بينهم وإلا فلمن له اثنان من ثلاثة.

وقيل: لصاحب البذر وعليه للآخر كراء أرضه وعمله، رواه ابن غانم، وكلاهما فيها[1].

وقيل: لصاحب العمل.

وقيل: لمن له اثنان من الأرض والعمل والبقر.

وقيل: لمن له اثنان من الأربعة.

وقيل: إن سلم من كراء الأرض بما يخرج منها فهو بينهم على ما شرطوه وتعادلوا فيما أخرجوه.

وأما شركة الخُماس وهو الذي يشارك بخدمته فقط، ولا يؤدي نصيبه من الحصاد وغيره ولا يأخذ تبنًا، فإن كان لا يأخذ تبنًا فأجازه في «نوازل ابن رشد»[2]، ومنعه سحنون في نقل ابن يونس[3]، وأما إن كان يأخذ تبنًا فإنه لا يجوز في معروف المذهب.

---

(١) «التهذيب» (٣/ ٥٤٨).

(٢) «مسائل ابن رشد» (١/ ١٦٦).

(٣) «الجامع» (٥/ ٢٦٥).

وإذا كان صاحب الأرض المقيم به والعامل فيه فالزرع كله له، ولصاحب البذر مكيلة بذره.

وقال الشيخ أبو محمد عبد السلام بن [عبد الغالب](١) **المسراتي في «وجيزه»**: وفي «كتاب ابن سحنون»: منعه أشهب وابن وهب وأجازه سحنون.

وَجَرَت عادة أشياخنا بتونس لا يُعَرِّجُون على نقله لكونه يعرف بالنقل عن ابن سحنون وغيره، ولم ينقله ابن يونس ولا غيره مع أن المنقول عن سحنون المنع حيث لا يأخذ، فأحرى أن يقول بالمنع حيث يأخذ، وهذا لا يضعف به، ولا مانع أن يكون لسحنون قولان:

أحدهما: الجواز مطلقًا، وهو الذي في «كتاب ابن سحنون».

ولو فَرَضْنَا أنه لم يوجد في «كتاب ابن سحنون» فلا يقدح في عدالته كما لم يقدح في عدالة غيره ممن ينقل مثل هذا، والشيخ عندنا بالقيروان كبير القدر وقبره مزار عندنا يعرفه الخاصة والعامة.

وَجَرَت عادة أشياخنا بتونس لا يُفْتُون بجواز شركته، ويعطونه بعد الوقوع ولو فرغ من الزرع أجرته خاصة، ولا يقبلون عذرًا في جواز شركته بحال لوجود المستأجر عندهم بيده وبقرة للحرث فاطردوا ذلك في سائر البلاد، وليس كذلك، فنحن بالقيروان لا نجد فيها ذلك بحال فوقعت الضرورة لشركته، ولو كان يأخذ شيئًا، فأفتى الشيخ المفتي أبو عبد الله محمد بن عبد الرحمن الرماح بجوازها بدءًا، وتبعه في ذلك مفتيًا شيخنا الشيخ أبو محمد عبد الله [بن محمد](٢) الشبيبي البلوي إلى أن مات، وعليه عملي وفتواي، وكنت إذا وقعت لا أفسخها، وسُئل بعض شيوخنا لمن يعمل به بالقيروان أهو جرحة في إمامته وشهادته؟ فأفتى أنه ليس بجرحة لما تقدم من نقل ابن غالب مع أنه لم ينقله في تأليفه عنه، وكان يضعف نقله كما قلناه.

---

(١) في ب: الغلاب، والمثبت هو الصواب.

(٢) سقط من ب.

فصل: في البذر يحتمله السيل من أرض ربه ويطرحه في أرض غيره فينبت فيها:

ومن بذر بذرًا فأتى السيل فاحتمله فطرحه في أرض غيره، فثبت فهو لصاحب الأرض التي ثبت فيها ولا شيء عليه لصاحب البذر. وقد قيل: إن الزرع لصاحب البذر وعليه أجرة الأرض.

قوله: (ومَن بذر بذرًا فأتى السيل فأحمله فطرحه في أرض غيره فنبت فهو لصاحب الأرض التي نبت فيها، ولا شيء [عليه لصاحبه][1] **وقد قيل: إن الزرع لصاحب البذر وعليه أجرة الأرض).**

ظاهر قوله: «**بذر**» مع قوله: «**فنبت**» يقتضي أن السيل جرَّه وهو حَبّ ونبت في أرض غيره.

فعلى هذا لو دفعه السيل بعد نباته فإنه يكون لربه وعليه قيمة كراء الأرض، ولفظها محتمل لذلك ولغيره، وهو: وكذا مَن زرع أرضًا فحمل السَّيْل زرعه إلى أرض غيره فنبت فيها، قال مالك: فالزرع لمن جَرّه السَّيْل إلى أرضه، ولا شيء للزارع.

فظاهر قولها: «نبت» يقتضي أن السَّيْل حَمَلَه قبل أن ينبت.

وقوله: «**فحمل السيل زرعه**» يقتضي أنه نبت الآن الزرع، إنما يطلق على ما كان نابتًا قائمًا.

واختصره أبو محمد[2]: فحمل زرعه قبل أن ينبت.

فأطلق الزرع عليه تجوزًا، وهذا موافق لما حملنا عليه كلام الشيخ.

وفي المسألة ثلاثة أقوال:

أحدها: ما قلناه وهو قول سحنون.

وعنه: أنه لرب الأرض مطلقًا، ويعطى للأول إذا نبت قيمته مقلوعًا.

وقيل: هو لزارعه مطلقًا.

وَحَسَّنَه بعض الشيوخ؛ لأن ملكه نبت في ملك غيره بشبهة.

---

(١) في أ: لصاحب البذر.

(٢) «النوادر» (١١/ ٦٦).

فصل: في ما يجوز أن تكرى به الأرض:

ولا بأس بكراء الأرض بالذهب والورق والعروض والحيوان.

وَيَقُوم من قولها: أن مَن جرَّ السيل [غباره][١] إلى آخر أن نقوله على مَن صار في ملكه، وكذلك الفتوى: إن كنس ما يقابل كل حانوت أو دار على الساكن لا على المالك للعرف.

وفي «الطرر»: «من خرج ليلاً فزرع أرض جاره غلطًا فلا شيء له من الزرع».

قلت: فظاهره مطلقًا.

وزاد ابن يونس عن سحنون: إلا أن يكون ما لم يحتاكما أو لم يقم ذلك حتى تحبب الزرع وفات إبان الزراعة فيكون الزرع لذلك، وعليه كراء المثل.

قلت: وبهذا حكمت بجربة وحيث يكون الزرع لرب الزرع فلا يلزمه أن يعطيه مثل البذر ولا أن يحرث له مثلما حرث، لأنه بيع الزرع قبل بدو صلاحه.

ابن حبيب: إن اختلطت زروع فدادين بعد حصادها لأقواح قسم طعامها على ما بذر في كل فدان مثلها.

واختلف في البهيمة إذا ماتت بفناء قوم هل نقلها على ربها أو عليهم.

وفيها في «كتاب الرهن»[٢]: وعلى الراهن كسوة العبد وكفنه ودفنه إن مات فأخذ منها أن نقلها على ربها.

ورد بحرمة الآدمي وبأن كفنه من جنس لباسه بخلاف حمل البهيمة، وهو ضعيف لقولها: «ودفنه».

قوله: (ولا بأس بكراء الأرض بالذهب والورق والعروض والحيوان).

أراد بـ«**لا بأس**» لصريح الإباحة لقولها[٣]: «ويجوز كراؤها بالعين»، رُوي ذلك عن النبيﷺ، وقاله عدد من الصحابة والتابعين.

---

(١) في أ: عبارة.

(٢) «التهذيب» (٤/ ٥٠).

(٣) «التهذيب» (٣/ ٥٠١).

ولا يجوز كراؤها بالطعام، كان مما تنبت الأرض أو لا تنبته. ولا يجوز كراؤها بشيء مما تنبته طعامًا كان أو غيره مثل القطن، والكتان وما أشبه ذلك.

ولا بأس بكرائها بالخشب والقصب والحطب والعود والصندل.

قوله: (ولا يجوز كراؤها بالطعام كان مما تنبته الأرض أو لا تنبته، ولا يجوز كراؤها بشيء مما تنبته طعامًا كان أو غيره مثل القطن والكتان وما أشبه ذلك).

ما ذكره فيها[1]، وفي التي بعدها مثله فيها[2]، وهو أحد الأقوال السبعة:

وقال ابن نافع: يجوز كراؤها بالطعام والإدام إلا الحنطة.

ونقل عنه ابن حبيب بزيادة: وأخواتها إذا كان ما تكرى به خلاف ما يزرع فيها.

ونقله ابن عبد البر[3] بإسقاط «**إذا كان**» إلى آخره، وَفَسّر «**أخواتها**» بالشعير، والسُّلت[4]، فصارت الأقوال عن ابن نافع ثلاثة.

وقال ابن كنانة: يجوز بكل ما لو أعيد فيها لم ينبت من طعام أو غيره، وبه قال مالك في رواية يحيى بن يحيى، وهو قول المغيرة، وعيسى بن دينار، وابن مُزين.

وأجاز الليث بن سعد كراءها بالجزء مما يخرج منها، وبه قال يحيى بن يحيى في نقل عياض[5].

وقيل: يجوز كراؤها بكل شيء معلوم ولو كان طعامًا إلا بالجزء مما يخرج منها، قاله الداودي والأصيلي.

قوله: (ولا بأس بكرائها بالخشب والقصب والعود والحطب والصندل).

ما ذكر مثله فيها[6].

---

(١) «المدونة» (٣/ ٥٥١)، و«التهذيب» (٣/ ٥٠٠).

(٢) «المدونة» (٣/ ٥٤٨).

(٣) «الاستذكار» (٧/ ٦٣).

(٤) السُّلْت: حب يشبه الشعير المقشور في صورته، ويقرب من القمح في لونه وطعمه، يُعرف بـ:«شعير النبي» عند أهل المغرب. اهـ، «شرح زروق على الرسالة» (٢/ ٧٢٧).

(٥) «التنبيهات» (٣/ ١٥٦١).

(٦) «المدونة» (٣/ ٥٤٩)، و«التهذيب» (٣/ ٥٠١).

ولا يجوز كراؤها بالزعفران ولا العصفر.

فصل: في كراء أرض الري:

ولا بأس بكراء أرض مصر التي تروى بزيادة النيل قبل ريها، يكره النقد فيها بشرط قبل ريها. فإن تطوع المستأجر بالنقد من غير شرط فلا بأس به. وإن كانت الأرض مأمونة لا يخلف ريها فلا بأس بالنقد فيها.

والمراد بـ«العُود»: الهندي، قاله ابن يونس[1].

والصندل: نوع من العود.

قال سحنون: إنما أجاز كراءها بهذه الأشياء لطول مكثها ووقتها.

قوله: (ولا يجوز كراؤها بالزعفران والعصفر).

في كلامه بترٌ لقولها[2]: «ولا تكرى بزعفران لأنه مما تنبته، ولا بطيب يشبه الزعفران ولا بعصفر».

اللخمي: ويجوز كراؤها بالمصطكى.

قال بعض شيوخنا: وهذا نَصٌّ منه في أنها غير طعام.

قوله: (ولا بأس بكراء أرض مصر التي تروى بزيادة النيل قبل ريها، ويكره النقد فيها بشرط قبل ريها، فإن تطوع المستأجر بالنقد من غير شرط فلا بأس به، وإن كانت الأرض مأمونة لا يخلف ريها فلا بأس بالنقد فيها).

يعني: إذا كانت الأرض غير [منخفضة][3] وأما [المنخفضة][4]، فيجوز اشتراط النقد فيها، وإليه أشار بقوله بعد: «وإن كانت [الأرض مأمونة][5]».

فإذا عرفت هذا فقولها[6]: «ويجوز النقد في أرض النيل قبل رَيِّها لأمنها» محطه

---

(١) «الجامع» (٥/ ٢٣٨).

(٢) «التهذيب» (٣/ ٥٠١).

(٣) في ب: متحفظة.

(٤) في ب: المتحفظة.

(٥) في ب: الأرض غير مأمونة.

(٦) «التهذيب» (٣/ ٤٨٩).

ولا بأس بكراء أرض المطر والنقد فيها إذا كانت الأرض مأمونة لا يخلف ريّها.

على [المنخفضة][(١)].

وحُكي: أن النيل لا يجري حتى يزينوا جارية ويرموها فيه، فلما كان زمن عمر بن الخطاب رَضِيَ اللهُ عَنْهُ أخلف فكتب له عمر: «إلى نيل مصر أما بعد، فإن كنت تجري بحولك وقوتك فلا حاجة لنا بك، وإن كنت تجري بحول الله وقوته فاجْر»، فلما ألقوا فيه الكتاب جرى بقدرة الله تعالى.

قوله: (ولا بأس بكراء أرض المطر والنقد فيها إذا كانت الأرض مأمونة لا يخلف ريها).

مثله قولها[(٢)]: (وأرجو جواز النقد فيها إن كانت مأمونة).

ويعني: «**بالأمن**»: أنه لا يخلف إلا نادرًا.

واختلف في أرض الأندلس، [ففي][(٣)] **سماع ابن القاسم**: أنها مأمونة.

وأفتى العلماء قديمًا وحديثًا أنها غير مأمونة، وكلام الشيخ يحتمل فيما إذا كانت غير مأمونة أنه يجوز الكراء ولا يجوز النقد ويحتمل نفيهما.

وفي «اختصار البراذعي»[(٤)]: قيل لمالك: وإن كانت أرض المطر فيما اختبر منها لا تخلف أيجوز النقد فيها؟

قال: النيل أبين شأنًا وأرجو جواز النقد فيها بخلاف التي تخلف من أرض المطر وذات بئر قلّ ماؤها ويخاف ألا يقوم بها فالنقد في هذين خطر.

فظاهرها: أن الفساد إنما هو لأجل اشتراط النقد ولو لم يشترطه لكان العقد جائزًا، ويدل عليه قولها بعد، ويصير النقد تارةً بيعًا وتارةً سلفًا.

وقال المغربي: بل ظاهرها: أن الفساد في العقد وما ذكر بعيد.

---

(١) في ب: المتحفظة.

(٢) «التهذيب» (٣/ ٤٨٠).

(٣) في أ: وفي.

(٤) «التهذيب» (٣/ ٤٨٩).

فصل: حكم كراء الأرض إذا تلف الزرع بانقطاع الماء أو بجائحه:

ومن اكترى أرضًا فزرعها، ثم انقطع ماؤها فتلف زرعها سقط عنه كراؤها. ومن اكترى أرضًا فزرعها، ثم أصابت زرعه جائحة فأتلفته، لم يسقط الكراء عنه.

وفي «**الأمهات**» في صدر المسألة مواضع تدل على الفساد في العقد، واختلف الشيوخ هل الفساد في أصل العقد وهو الذي دلت عليه ألفاظ الأمهات أو لاشتراط النقد وهو ظاهر المختصرات؟.

قوله: (**ومَن اكترى أرضًا فزرعها ثم انقطع ماؤها فتلف زرعها سقط عنه كراؤها**).

ما ذكر مثله فيها(١).

ولا خصوصية لذلك بل وكذلك لو هلك الزرع لكثرة نشوع ماء الأرض أو لدود أو فأر لنص اللخمي بذلك.

ووجه ذلك: أن المكتري اشترى منفعة الماء ومنفعة الأرض، ولا ينتفع بأحدهما دون الآخر.

ولذلك قال الباجي(٢): إذا باض الجراد في الأرض فمنعه الحرث في إبان الزراعة خيفة أن يؤذي ما يخرج فلا كراء له.

قوله: (**ومَن اكترى أرضًا فزرعها ثم أصابت زرعها جائحة فأتلفته لم يسقط الكراء عنه**).

ما ذكره فيه بَتْرٌ لقولها(٣): «وأما إن هلك زرعه ببرد أو جليد أو جائحة فالكراء عليه»، ويدخل في قولها: «أو جائحة» الجيش؛ لأنه جائحة، نَصّ عليه فيها في الثمار.

وكذلك يدخل الطير والهواء.

وزاد اللخمي: إذا لم تنبت الزريعة.

---

(١) «المدونة» (٣/ ٥٣٥)، و«التهذيب» (٣/ ٤٨٧).

(٢) «المنتقى» (٥/ ١٤٧).

(٣) «المدونة» (٣/ ٥٣٦)، و«التهذيب» (٣/ ٤٨٩).

فصل: في كراء الأرض إذا غار بئرها:

ومن اكترى أرضًا ليزرعها فغارت بئرها قبل زرعه لها انفسخ كراؤها، إلاّ أن يعَمّر البئر ربُّها، ويتمكن المكتري من زرعها، فيلزمه كراؤها.

يريد: بعيب فيها، وهو بيِّن، ويدخل في قولها من باب أحرى؛ لأن ذلك من قِبل نفسه.

ابن رشد في «الأجوبة»(١): ولو أجيح الزرع ثم قحطت السماء حتى لو لم يجح الزرع لم يتم للقحط فلا كراء عليه، ونحوه للخمي.

وحكم هذا الباب مخالف لباب حكم الجوائح، وإنما نبهت على هذا؛ لأني لما كنت مبتدئًا في القراءة وما سمعت إلا جوائح الثمار اعتقدت أن البابين واحد، فعرفت بأن الأمر ليس كذلك، ومَن لا يعرف إذا قرأ يسيرًا يعتقد أن العلم كله فيه.

قوله: (ومَن اكترى أرضًا ليزرعها [فغارت](٢) **بئرها قبل زرعه لها انفسخ كراؤها، إلا أن يقيم البئر ربها ويعمرها ويتمكن المكتري من زرعها فيلزمه كراؤها).**

يريد: وكذلك لو اكترى أرضًا للحرث ولا بئر فيها وقحطت السماء فلم يقدر على الحرث، وقد أمكن من الأرض فلا كراء عليه لتصريحها بذلك.

وزاد فيها(٣): فإن زرع وجاءه من المطر ما كفى بعضه، فإن حصد ما له بال أو له نفع فعليه من الكراء بقدره، ولا شيء عليه إن حصد ما لا بال له ولا نفع له فيه.

وأراد بقوله: «ما لا بال له» مثل الخمسة فدادين والستة من المائة لتصريح ابن المواز عن ابن القاسم بذلك.

قال اللخمي: يريد إذا كان ذلك مفرقًا في الفدادين؛ لأنه كالهالك، وكثير من الناس مَن لا يتكلف جمع مثله، ولو سلمت الخمسة على المعتاد من سلامتها لزمه كراؤها.

---

(١) «الأجوبة» (٢/ ١١٤٥).

(٢) في ب: فهارت.

(٣) «المدونة» (٣/ ٥٣٤).

وإن زرعها ثم غار بئرها بعد زرعها فالمكتري بالخيار بين فسخ كرائها، وبين أن ينفق عليها أجرة سنتَها إن لم يكن نقد كراءها، أو يسترجع من المكري كراء سنة إن كان نقد كراءها، فينفقه على بئرها، فإن جاءه من الماء ما يكفيه لزمه الكراء، وإن لم يجئه من الماء ما يكفيه لم يلزمه شيء، ولا يكون على رب الأرض غرم لنفقته.

وذكر ابن يونس ما في «الموازية» ولم يقيده، قال[1]: ولعله قدر زريعته فكأنه لم ينتفع بشيء.

فعلى قوله هذا إذا كان أكثر من زريعته عليه من الكراء بقدره.

وبمقدار الزريعة فَسَّرَ شيخنا أبو مهدي -رحمه الله تعالى -[قولها[2]:][3] «ما لا بال له» إلا على الطعام المأخوذ من الأرض فتردد فيه.

وقيل: إن وجد مثل الزريعة فعليه ثلث الكراء بخلاف ما إذا وجد أقل فلا شيء عليه، قاله في «وثائق ابن أبي حمراء».

وفي «الوثائق المجموعة»: أن عليه بقدر ما وجد على المتعارف.

وظاهره: وإن كان أقل من الزريعة.

وقيل: إن وجد أكثر من الزريعة بقدر نفقة حرثه فلا كراء عليه لما إذا وجد مقدار الزريعة، حكاه ابن العطار، فتحصل خمسة أقوال.

قوله: (وإن زرعها ثم [غارت][4] **بئرها بعد زرعها فالمكتري بالخيار بين فسخ كرائها وبين أن ينفق عليها أجرة سنتها إن لم يكن نقد كراءها، أو يسترجع من المكري كراء سنة إن كان نقد كراءها فينفقه على بئرها، فإن جاءه من الماء ما يكفيه لزمه الكراء، وإن لم يجئه من الماء ما يكفيه لم يلزمه شيء، ولم يكن على رب الأرض غرم النفقة.**

(١) «الجامع» (٥/ ٢٣٩).

(٢) «التهذيب» (٣/ ٤٨٩).

(٣) سقط من ب.

(٤) في ب: هارت .

وقال **عبد الملك**: إن اكتراها سنين فزرعها ثم غارت بئرها، فله أن ينفق عليها كراء السنين كلها إن احتاجت إلى ذلك.

❀ ❀ ❀

وقال عبد الملك: إن اكتراها سنين فزرعها ثم غارت بئرها فله أن ينفق عليها [من][1] كراء السنين كلها إن احتاجت إلى ذلك).

القول الأول هو المشهور، والصواب قول ابن الماجشون؛ لأنها صفقة واحدة، ولم ينقله بعض شيوخنا.

وظاهر كلام الشيخ كظاهرها: أنه لو كان ذلك قبل أن يزرعها فإن الحكم بخلاف ذلك، وهو كذلك، نَصّ عليه أشهب في قوله: «لا شيء على ربها».

ابن المواز: ويريد وللمكتري الفسخ، فإن أنفق من عنده فلرب الأرض كراؤه [كاملاً][2] ولا شيء للمكتري فيما أنفق إلا في نقض قائم من حجر ونحوه يعطيه قيمته منقوضًا أو [لأمره][3] بقلعه.

❀ ❀ ❀

---

(١) سقط من ب.

(٢) زيادة من ب .

(٣) في ب: يأمره .

كتاب الأقضية

باب: في الدعوى والأيمان والبيّنات

فصل: في الدعوى بدون بينة:

وإذا تداعى رجلان شيئًا ولا يد ولا بينة لواحد منهما

كتاب الأقضية

قال بعض شيوخنا[١]: القضاء: صفة حكمية توجب لموصوفها نفوذ حكمه الشرعي، ولو بتعديل أو تجريح، لا في عموم مصالح المسلمين.

فيخرج بقولنا: «ولو بتعديل وتجريح» التمليك وولاية الشرطة وأخواتها.

وقول بعضهم: «هو الفصل بين الخصمين»، واضح قصوره، وإقامة قاض للناس واجب، صَرَّحَ به غير[واحد] وطلب خُطَّة القضاء على ثلاثة أقسام:

فيجب عليه إذا كان من أهل الاجتهاد والعدالة، ولا يكون هناك قاض أو يكون ولكن لا [تحل][٢] ولايته.

ويستحب في مثل: إذا كان هناك عالم مجتهد خفي علمه على الناس فأراد أن يشهره بولاية القضاء ليعلم الجاهل ويفتي المسترشد.

ويحرم في مثل: إذا كان ليس من أهل العدالة.

ويباح عندي: إذا كان يقصد مرتبه لجريه على عياله، وقد طلبته في بعض ولايتي لذلك من شيخنا أبي مهدي - رحمه الله تعالى - بكتبي له من [أهل][٣] القيروان وأستعفني بذلك.

باب: في الدعوى

قوله: (قال مالك رحمه الله:وإذا تداعى رجلان شيئًا ولا يد ولا بينة لواحد منهما،

---

(١) «مختصر ابن عرفة» (١٣/ ٢٣٣).

(٢) في أ: تحل .

(٣) سقط من أ .

قسم بينهما بعد أيمانهما، فإن كان في يد أحدهما فالقول قوله مع يمينه. فإن نكل عن اليمين حلف الآخر وانتزعه من يده فإن نكل عن اليمين أقر في يد صاحبه.

فصل: في الدعوى مع البينة:

فإن كانت لأحدهما بينة حكم له ببينته كانت له عليه يد أو لم تكن، فإن كان لكل واحد منهما بينة حُكم بأعدل البينتين، فإن تكافآ في العدالة حُكم به لصاحب اليد.

فإن لم يكن في يد أحدهما قسم بينهما بعد أيمانهما. فإن حلف أحدهما ونكل الآخر كان للحالف منهما دون الناكل. وإن نكلا جميعًا عن اليمين لم يحكم بينهما بشيء وتركا على ما كانا عليه.

قسم بينهما بعد أيمانهما، فإن كان في يد أحدهما فالقول قوله مع يمينه، فإن نكل عن اليمين حلف الآخر وانتزعه من يده، فإن نكل عن اليمين أقرت في يد صاحب اليد، فإن كانت لأحدهما بينة حكم له ببينته كانت له عليه يد أو لم تكن).

إنما قسم بينهما لأن كلًا منهما له شبهة بدعواه فجعله بينهما عدل، ولذلك استحسن اللخمي في «كتاب الزكاة» فيما إذا اختلطت الفوائد حولًا وسطًا؛ لأنه العدل بين الفقراء وأرباب الأموال.

قوله: (**وإذا كان لكل واحد منهما بينة حكم بأعدل البينتين، فإن تكافآتا في العدالة حكم به لصاحب اليد فإن يكن في يد واحد منهما قسم بينهما بعد أيمانهما، فإن حلف أحدهما ونكل الآخر كان للحالف منهما دون الناكل، وإن نكلا جميعًا عن اليمين لم يحكم بينهما بشيء وتركا على ما كانا عليه**).

ما ذكر أنه يقضى بأعدل البينتين هو المشهور.

وروي عن مالك: أنه لا يرجح بها.

قال ابن عبد السلام: هذه الرواية إما أن تكون مبنية على القول بنفي الترجيح في الأدلة، وإما أن تكون لا ترجح بذلك، ويقع الترجيح بغير ذلك، وهو الأقرب.

قلت: قال بعض شيوخنا: ولا أعرف هذه الرواية لنقل غيره، ولم يعزه ابن رشد إلا

فصل: في الحكم باليمين:

وإذا ادعى رجل على رجل دعوى لم يحلف له المدعي عليه بمجرد دعواه حتى يثبت أنه بينهما خلطة، فإن ثبت ذلك، حلف المُدَّعى عليه وبرئ.

فإن نكل عن اليمين لم يحكم له عليه بمجرد النكول، وحلف المدعي على ما ادعاه واستحق ما ادعاه بيمينه ونكول خصمه.

فإن لم يحلف لم يحكم له بشيء وتركا على ما كانا عليه.

للمخزومي وبعض أهل العلم، وعزاه ابن حبيب لبعض علمائنا.

والمشهور: [أنه][1]لا يرجح بكثرة العدد، وهو قولها[2].

وروى ابن حبيب: [أنه لا يرجح بذلك][3].

فإذا جمعت المسألتين: قلت فيهما ثلاثة أقوال: ثالثها: يرجح بالعدالة دون زيادة العدد.

واختلف قول ابن القاسم هل يرجح الشاهدان على الشاهد، واليمين والشاهد والمرأتين لما نبه عليه قوله تعالى: ﴿فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَٱمْرَأَتَانِ﴾ في الأخير، والخلاف في الأول وهو هل [الحكم][4] بالشاهد واليمين أم لا؟

قوله: (وإذا ادعى رجل بدعوى على رجل لم يحلف له المدعى عليه بمجرد دعواه حتى يثبت أن بينهما خلطة، فإذا ثبت ذلك حلف المدعى عليه وبرئ، فإن نكل عن اليمين لم يحكم عليه بمجرد النكول، وحلف المدعي على ما ادعاه واستحق ذلك بيمينه ونكول خصمه، فإن لم يحلف لم يحكم له شيء).

ما ذكر من اشتراط الخلطة هو المشهور.

وقال ابن نافع: لا يشترط، حكاه ابن زرقون، وبه قال الأندلسيون، واستمر عليه

---

(١) زيادة من ب.

(٢) «التهذيب» (٣/ ٦٠٥).

(٣) في ب: أنه يرجح بذلك .

(٤) في ب: يحكم .

فصل: في صفة اليمين:

واليمين في الحقوق كلا بالله الذي لا إله لا هو، فقط.

العمل عندنا، وبه قال الشافعي وأبو حنيفة.

وأفتى شيخنا ـ حفظه الله تعالى ـ باشتراط الخُلْطَة في امرأة من وجوه الناس من أهل القيروان ادعي عليها وأمر قاضيها حينئذٍ الحكم بذلك- وهو شيخنا أبو عبدالله محمد بن قليل الهم- وكان ابن عبد السلام ينقل عن بعض القضاة أنه كان لا يحكم بها إلا إن طلبها منه الـْمُدَّعَى عليه.

فتحصل فيها أربعة أقوال.

وفي كلام الشيخ بترٌ لقولها(١): «ومن ادعى قبل رجل دينًا أو غصبًا أو استهلاكًا فإن كان عرف بمخالطته في معاملته أو علمت تهمة فيما [إذا](٢) ادعى عليه من التعدي والغصب نظر فيه الإمام فإما أحلفه أو أخذ له كفيلًا حتى يأتي ببينة، [وإن لم تعلم](٣) خلطة أو تهمة فيما ذكرنا لم يفرض له».

قوله: (واليمين في الحقوق كلها بالله الذي لا إله إلا هو فقط).

ما ذكره هو المشهور.

وقيل: يزاد: عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم، رواه ابن كنانة، حكاه ابن يونس(٤).

وعزاه ابن رشد لقوله في «المدونة»: لا لروايته.

وظاهر كلام الشيخ لو قال: «بالله» فقط، أو قال: «والذي لا إله إلا هو» فإنه لا يكفي، وهو كذلك نص عليه أشهب.

قال اللخمي: والذي يقتضيه قول مالك أنها يمين مجزئة، وهو الأحسن؛ لأنه لا

---

(١) «التهذيب» (٣/ ٦٠٠).

(٢) سقط من ب.

(٣) في أ: وأن تعلم .

(٤) «الجامع» (٥/ ٤٢٨).

ويحلف الناس في المساجد، ولا يحلف عند منبر من المنابر إلا عند منبر رسول الله ﷺ، ولا يحلف عنده إلا في ربع دينار فصاعدًا.

ويحلف على أقل من ذلك في سائر المساجد. وإذا وجبت يمين على امرأة حلفت في المسجد ليلاً، إن كانت ممن لا تخرج نهاراً.

خلاف أن من حلف بذلك فحنث أن الكفارة عليه.

وما ذكره عن مالك هو قوله في «كتاب اللعان» يقول: بالله.

وردّه المازري: بأنه ليس مقصود مالك في اللعان بيان اللفظ المحلوف به.

وما استدل به من الكفارة ردّه بعض شيوخنا بأن هذا الباب أخص فيطالب فيه بكمال التهويل

قوله: (ويحلف الناس في المساجد، [ولا يحلف][1] عند منبر من المنابر إلا عند منبر رسول الله ﷺ)

ظاهره: وإن كان في أقل من ربع دينار، وسيأتي نصه بذلك.

قوله: (ولا يحلف عنده إلا في ربع دينار فصاعدًا).

يريد والله أعلم: إلا أن يكون التعظيم عنده في بعض البلاد فيحلف عنده.

قوله: (ويحلف على أقل من ذلك في سائر المساجد).

ما ذكره خلاف قول عبد الملك يحلف في مكانه الذي قضى عليه فيه وبه العمل.

ويريد الشيخ: إن لم يكن عندهم مسجد، فإنه يحلف بمكانه ولا يكلف الانتقال إلى الجامع. كما قال عبد الملك. حيث تكون الدعوى في ربع دينار فأكثر.

قوله: (وإذا وجبت يمين على امرأة حلفت في المسجد ليلًا، إن كانت ممن لا تخرج نهارًا).

ما ذكر مثله فيها[2].

قال عياض[3]: وفي بعض النسخ لم يذكر «نهارًا» فيحتمل أنها لا تخرج جملة وهي

(١) في أ: ويحلف .

(٢) «التهذيب» (٣/ ٦١٥).

(٣) «التنبيهات» (٣/ ١٦٢٣).

ويحلف اليهودي والنصراني حيث يعظمان من الكنيسة والبيعة.

التي لا تتصرف و لا تخرج من النساء الملوك فيبعث إليها الإمام من يحلفها.

ولا يترك خصمها لامتهانها، كذا ذكر عبد الوهاب(١)، وهذا فيما يطالبن به.

ونحوه لابن كنانة في «المدنية » وأما فيما لهن فلا بد من خروجهن، وقد حَلَّفَ سحنون أمثال هؤلاء في أقرب المساجد إليهن.

وأما شيوخ الأندلس فرأوا أنه لا بد من خروج هؤلاء، فإن امتنعت حكم بحكم [الملد](٢)، وليس بصواب.

قلت: وحيث يكون قولها الحق وهي لا تخرج الآن حكم يحلفها بمكانها.

قال شيخنا أبو مهدي - رحمه الله تعالى: على ما بلغني، ونزلت بي فحكمت بخروجها لنص عياض، فبعث إلى ابن حيدرة قاضي الجماعة بتونس بعض شيوخنا وقال: إنها لا تخرج فعرفته بنص من ذكر، فمن إنصافه سكت ولم يراجعني ببعث.

قوله: (**ويحلف اليهودي والنصراني حيث يعظمان من الكنيسة [والبيعة)**.

ولا يحلفون في الكنيسة](٣) إلا في ربع دينار.

وقال المشاور: الحكم كذلك في القليل والكثير. حكاه ابن عات.

وأخذ شيخنا أبو محمد عبد الله الشبيبي - رحمه الله تعالى - على ما بلغني من هنا أن الأعراب الذين يعظمون الحلف بالمصحف، فإنه يحلفون به [بجامع](٤) التعظيم فكما قالوا: يحلف الكافر حيث يعظمون، فكذلك يحلف بالمصحف.

[وأما ما](٥) ذكروا أنه لم يرتض فتواه بعض شيوخنا لظواهر نصوصهم.

وسمعت شيخنا - حفظه الله تعالى - غير ما مرة يفتي بالثاني ثم رجع إلى الأول.

---

(١) «المعونة» (٣/ ١٥٨٨).

(٢) في ب: الملك .

(٣) سقط من ب.

(٤) في أ: لجامع .

(٥) في ب: لما .

ولا يحلفان إلا بالله عز وجل.

فصل: في الحكم بالبينة واليمين:

ومن كان له على رجل حق بينة، فادعى الذي عليه الحق أنه قد قضاه إياه حلف صاحب الحق أنه ما اقتضاه، وبرئ من دعواه. فإن نكل عن اليمين حلف الذي عليه الحق وسقط الحق عنه.

وإن نكل عن اليمين غرم الحق وسقطت دعواه.

قوله: (ولا يحلفان إلا بالله عز وجل).

ما ذكر مثله فيها[١]، فتأوله أبو محمد[٢] على أن معناه: بالله الذي لا إله إلا هو، ومثله في «كتاب محمد» و«الواضحة».

وحمله ابن شبلون وغيره على ظاهره من عدم الزيادة، قالوا: لأنهم لا يوحدون ولا يكلفون ما ليس من دينهم.

قال ابن محرز: وليس كذلك بل يحلفون كالمسلم ولا يعد ذلك منهم إيمانًا.

وَنَصّ عليه المتقدمون من علمائنا.

ويدل على ذلك استحلاف المجوس بالله وهم ينفون الصانع ـ تعالى عن قولهم ـ، ولم يكن ذلك إيمانًا.

وقال اللخمي: يلزم اليهود الزيادة لأنهم يوحدون بخلاف النصارى.

قال المتيطي: وفيه نظر لأن اليهود قالوا: عزير ابن الله.

وحكى ابن شعبان[٣]: عن رواية الواقدي: يحلف اليهود بالله الذي أنزل التوراة على موسى، والنصارى بالله الذي أنزل الإنجيل على عيسى.

قوله: (ومن كان له على رجل حق ببينة فادعى الذي عليه الحق أنه قد قضاه إياه، حلف صاحب الحق أنه ما اقتضاه وبرئ من دعواه، فإن نكل عن اليمين حلف الذي عليه الحق وسقط عنه الحق، فإن نكل عن اليمين غرم الحق وسقطت دعواه).

(١) «المدونة» (٤/ ١٠).

(٢) «النوادر» (٨/ ١٥٢).

(٣) «الزاهي» (ص/ ٣٣٢).

ولو مات الذي له الحق حلف ورثته ما يعلمون أن مورثهم اقتضى حقه ولا شيئًا منه واستحقوا حقوقهم، فإن نكلوا عن الأيمان حلف الذي عليه الحق وبرئ.

واختلف إذا قال صاحب الحق: يحضر ما لي عليه إذ ذلك أحلف.

وقال من عليه الدَّين: احلف لي قبل:

فقيل: يبدأ أولًا باليمين.

وقيل: لا يحلف حتى يحضره، وعليه العمل عندنا.

وذكر القولين أبو حفص العطار فذكر الأول عن نفسه، والثاني عن عبد الواحد.

وقيل: يكفي أن يشهد المطلوب أنه مليّ بحقه، [ويحلف][1] الطالب ثم يدفع له ولا يقبل منه بينة بالعدم، ولم يحك أكثر شيوخ المذهب غيره كفضل وابن أبي زمنين.

وسمعت شيخنا أبا مهدي ـ رحمه الله تعالى ـ يذكر أن القول الثاني لا يوجد لغير المتأخرين من التونسيين، وليس كما ذكر لما قلناه.

فإن قلت: في عَدّ قول عبد الواحد نظر؛ لأن أبا حفص ذكر أن المسألة وقعت بعبد الواحد مع امرأة وأن اليمين توجهت عليه.

قلت: لا نظر فيه؛ لأن فتواه ليست بقاصرة عليه، وإنما هي متعدية.

وقد أفتى مالك في أم ولده لما استحقت بأخذ قيمتها فقط.

قال عياض[2]: وحكم فيها بقوله.

وإذا فَرَّعْنَا على القول الذي عليه العمل فلا بد من حضور جميع الحق.

وأفتى بعض شيوخنا على ما بلغني بأن إحضاره الأكثر يكفي.

قوله: (**ولو مات الذي له الحق حلف ورثته أنهم ما يعلمون أن مورثهم اقتضى حقه ولا شيء منه واستحقوا حقوقهم، فإن نكلوا عن الأيمان حلف الذي عليه الحق وبرئ**).

---

(١) سقط من ب.

(٢) «التنبيهات» (٣/ ١٦٢٣).

فصل في تأخير البينة:

ومن حلف على دعوى، ثم وجدت عليه بينة، فإن كان للمدعي عذر في تأخيرها حكم له بها. وإن لم يكن له عذر في ذلك، ففيها روايتان:

إحداهما: أنه يحكم له ببينته.

والأخرى: أنه لا يحكم له بها.

في كلامه بترٌ لقولها(١): «له اليمين على من يظن به علم ذلك من بالغي ورثته على العلم ولا يمين على من لا يظن به علم ذلك، ولا على صغير».

وأراد بالأول كقريب القرابة المخالط، وبالثاني كابن العم.

قال المغربي: وانظر الزوجة هل تُحْمَلُ على العلم أم لا؟

قلت: الصواب أنها محمولة على العلم؛ لأن غالب الحال أنها تعرف حال زوجها.

والمراد بمن يظن به علم ذلك وقت الموت، قاله بعض شيوخنا.

ويقوم من هنا: أن يمين التهمة تتوجه.

قوله: (**ومن حلف على دعوى ثم وجدت عليه بينة، فإن كان للمدعي عذر في تأخير حكم له بها، وإن لم يكن له عذر في ذلك ففيها روايتان:**

إحداهما: أنه يحكم له ببينته.

والأخرى: أنه لا يحكم له بها).

يريد بقوله: «**فإن كان له عذر**» أي: إذا لم يعلم بها، وهذا لا خلاف فيه.

والرواية الأولى هي رواية ابن نافع وهو قول ابن وهب وأشهب، وبه قال الليث والشافعي.

والرواية الثانية هي قولها(٢): وإن استحلفه نفذ علمه ببينته تاركًا لها وهي حاضرة أو غائبة فلا حق له.

إلا أن قوله: «**تاركًا لها**»:

---

(١) «التهذيب» (٣/ ٦١٥).

(٢) «التهذيب» (٣/ ٥٩٩).

❁ ❁ ❁

قال أبو إبراهيم: سقط في بعض المواضع.

فقيل: اختلاف.

وعلى القول باشتراطه فهل المراد تصريحًا أو إعراضه كاف وعليه الأكثر؟ في ذلك تأويلان عليها حكاهما عياض.

وظاهر كلام الشيخ: ثم وجد بينة، و إن كان واحد ويحلف معه على قولها، وهو كذلك عند ابن القاسم وغيره، وهو أحد القولين في نقل اللخمي.

ولم يحك أكثر أهل المذهب غير القول الثاني أنه لا ينفعه إلا شاهدان، وبه حكم أبو إسحاق ابن عبد الرفيع بتونس، ولما ورد علينا بتونس حالة قراءتي بها شيخنا أبو بكر القرقوري من صفاقس ألقى عليّ هذه المسألة بنفس سلامه ليختبر حفظي للمذهب، وجزاه الله خيرًا.

ولو قال الغريم للقاضي: أحلفه لي وأنا أترك بينتي، فأمر القاضي المُدَّعَى عليه باليمن فلما مشى للحلف بدا للغريم وطلب أن يأتي ببينته، فلم أر فيها نصًّا.

ووقعت في أحكامي بجزيرة جربة فحكمت بأنه ليس له عليه إلا يمينه كما إذا حلفه مع علمه بها، اجتهادًا مني، ثم وجدتها في «كتاب الديات»[1] فيمن قام له شاهد بحق وأبى أن يحلف، ورد اليمين على المطلوب، ثم بدا له وأراد أن يحلف فليس له ذلك.

وفي «كتاب الحمالة»[2] فيمن قال لرجل: احلف أن الدَّين الذي تَدَّعِي قِبَلَ أخي حق وأنا له ضامن، ثم رجع، لم ينفعه رجوعه، ولزمه ذلك إن حلف الطالب.

❁ ❁ ❁

---

(١) «المدونة» (٤/ ٦٤٢)، و«التهذيب» (٤/ ٥٨٦).

(٢) «التهذيب» (٤/ ١٩).

باب: في حكم الحاكم بعلمه

فصل: في منع الحاكم من الحكم بعلمه في الحدود والحقوق:

ولا يجوز للحاكم أن يحكم بعلمه في حد ولا حق. فإذا علم شيئًا من ذلك، كان شاهدًا فيه وله أن يشهد به عند غيره من الحكام ويكون كواحد من الشهود.

باب: في حكم الحاكم بعلمه

قوله: (ولا يجوز للحاكم أن يحكم بعلمه في حد ولا حق، فإذا علم شيئًا من ذلك كان شاهدًا فيه، وله أن يشهد به عند غيره من الحكام ويكون في ذلك كواحد من الشهود).

أراد بقوله: «**ولا حق**» المال وهو سياقه.

وظاهره: وإن اعترف أحد الغريمين بالمال بين يديه، وهو كذلك.

وقال ابن الماجشون وسحنون: يحكم فيه بعلمه.

وعلى الأول فقال الشيخ: إنه يرفع لغيره.

وقيل: لا يرفع.

والقولان لابن القاسم.

وعلى كل حال فيؤدبُ القاضي الغريم؛ لأن جحده بين يديه بعد اعترافه دليل على جُرْأَته [بذلك.

وأفتى][1] به شيخنا أبو محمد عبد الله الشبيبي، وحكمت به بباجة.

وظاهر كلام الشيخ: أنه يرفع وإن كان الذي يرفع عنده دونه، وهو كذلك في أحد القولين.

وقيل: لا يرفع له وهو ظاهر قولها[2]: «**رفع ذلك عند من فوقه**».

وظاهر قولها «**رفع**» أنه واجب عليه، وعليه يحمل قول الشيخ وله.

---

(١) في ب: بذلك أفتى.

(٢) «التهذيب» (٣/ ٥٧٩).

وينبغي للحاكم ألا يحكم بين المتنازين إلا بحضرة الشهود ليسمع الدعاوى وينقلوها إليه فيحكم بشهادتهم ولا يحكم بعلمه.

فصل في إنكار الحاكم للحكم:

وإذا حكم الحاكم بحكم ثم أنكر أنه حكم به وشهد شاهدا عدل عليه بحكمه قبلت شهادتهما وثبت الحكم، ولم يبطل بإنكاره.

قوله: (وينبغي للحاكم ألا يحكم بين المتنازعين إلا بحضرة الشهود عنده ليسمعوا الدعاوى وينقلوها إليه، فيحكم بشهادتهم ولا يحكم بعلمه).

العمل جرى عندنا على عدم استحباب ذلك بل يبعث القاضي ما يصدر من حكمه أو تقييد أو جواب لهم في موضعهم لما علم في ذلك من المصلحة.

وإذا فَرَّعْنَا على ما ذكر الشيخ فظاهره: وإن كان ممن يرى الحكم بعلمه،وهو كذلك؛ لأن أخذه بالمتفق عليه أحسن لتصريح اللخمي بذلك، ولا خلاف أنه يستشير العلماء ولا يفتي بنفسه.

وهل يستحب له أن يحضرهم بمجلسه حالة الحكم أو لا ينبغي أن يحضرهم؟ في ذلك قولان:

الأول: لأشهب ومحمد.

والثاني: لمطرف وابن الماجشون.

واختار اللخمي الأول إن لم يدركه الحصار.

والثاني إن أدركه ذلك إلا أن يكون مقلدًا فلا يقضي بغير حضرتهم.

قلت: يعني أن يكون ما اختاره ترد القولان له لا أنه ثالث على ظاهر كلامه.

قوله: (وإذا حكم الحاكم بحكم ثم أنكر أنه حكم به وشهد شاهدان عليه بحكمه [قبلت][1] شهادتهما وثبت الحكم ولم يبطل بإنكاره).

ما ذكره هو قول ابن القاسم وابن وهب [وقيل: لا تمضي شهادتهما، حكاه ابن

---

(١) في ب: ثبتت .

فصل: في إنكار المحكوم عليه للحكم:

وإذا ذكر الحاكم أنه حكم بحكم في أمر من الأمور، وأنكر ذلك المحكوم عليه، لم يقبل قول الحاكم إلا ببينة تشهد على حكمه.

شاس من رواية أبي محمد، ومرضه بعض شيوخنا][1] بأنه لم يجده في «النوادر» وإنما فيها نقيضه معزوًّا لمن ذكر.

واحتج أصحاب القول الأول: بأنه لو رفع إلى غيره فإنه يمضيه اتفاقًا.

وَرُدَّ: بظهور الفارق وهو أن غيره لا يتوصل إلى منفعته غالبًا إلا بالظن، وأقوى الظن شهادة الشاهد بخلاف ما يفعله الإنسان بنفسه، فإن غالب حاله أنه يكون عالما به بحيث لم يعلم به دلَّ ذلك على ريبه في شهادته.

قوله: **(وإذا ذكر الحاكم أنه حكم بحكم في أمر من الأمور، وأنكر ذلك المحكوم عليه لم يقبل قول الحاكم إلا ببينة تشهد على حكمه)**.

يعني: أن المحكوم أنكر أن يكون القاضي حكم عليه.

وما ذكره هو خلاف قول أصبغ أن القول هو قول القاضي.

وأما لو حكم القاضي لإقراره فوافق الغريم على حكمه عليه إلا أنه أنكر أن يكون أقر فإنه لا يفيده على المشهور، [والشاهد][2] أنه يفيده.

قال ابن عبد السلام: فهذه المسألة غير مسألة الشيخ، ولو عرضت عليه لاحتمل أن يوافق المشهور؛ لإقرار الخصم فيها أن القاضي حكم عليه.

قوله: **([وإذا شهد شاهدان على شهادة شاهدين ثم أنكر الشاهدان الأولان الشهادة أو نسياها أو رجعا عنها سقطت شهادة الشاهدين الأخيرين)**][3].

يقوم منه أن شهادة السمسار لا تقبل؛ لأنه إنما شهد على فعل نفسه وكذلك شهادة الخاطب.

---

(١) سقط من أ.

(٢) في أ: والشاهدة .

(٣) سقط من أ .

....

❁ ❁ ❁

وفي «**نوازل ابن الحاج**»: جواز شهادة السمسار.

وكذلك أفتى ابن رشد[١] بجواز شهادة الخاطب، وبه حكم شيخنا أبو يوسف يعقوب الزعبي بالقيروان.

وقيل: إن أخذ الخاطب أجرة على خطبته لم تجز شهادته وإلا جازت.

❁ ❁ ❁

---

(١) «مسائل ابن رشد» (٢/ ٧٤٧).

باب: في كتاب القاضي إلى قاض غيره والشهادة على الخط

فصل: في الحكم بكتاب قاض آخر:

وإذا كتب الحاكم إلى حاكم كتابًا في حق قد ثبت عنده، لم يحكم بكتابه إلا ببينة تشهد على كتابه ولا تقبل الشهادة على خطه دون لفظه.

فصل: في الشهادة على الخط:

وإذا ادعى رجل دعوى على رجل فأنكرها فشهد له شاهدان على خطه دون لفظه ففيها روايتان:

باب: في كتاب القاضي إلى قاض غيره والشهادة على الخط

قوله: (باب في كتاب القاضي إلى قاض آخر وفي الشهاد على الخط:

قال: وإذا كتب حاكم إلى حاكم كتابًا في حق قد ثبت عنده، لم يحكم بكتابه إلا ببينة تشهد على كتابه ولا تقبل، الشهادة على خطه دون لفظه).

يعني: أن إبلاغ حكم القاضي إلى حاكم آخر إنما يكون بالإشهاد وبالمشافهة، وما يفعله أهل الزمان من كَتْبِ القاضي خطه في العلامات والاكتفاء بالشهادة على خطه دون إشهاد القاضي عليه خارج عن نصوص المتقدمين، وإن كان وقع لابن كنانة وسحنون الاكتفاء بكَتْب أمنائه من أعراض البلد، فجعل ذلك بعض المتأخرين أصلًا في قبول الأعلام إذا شهد على خط القاضي.

قال ابن عبد السلام: وهذا في غير قاضي الجماعة، وأما قاضي تونس وهو قاضي القضاة فربما فعل مثل هذا، وربما اكتفى بمعرفة خَطِّ القاضي؛ لأنه يرى كان ذلك القاضي الذي كتب إليه أمينًا من أمنائه لما كان له النظر في تولية قضاة إفريقية وعزلهم، [وَشَهَرَه][(١)] بما تقدم عن سحنون، لكنه كان يطلب البينة على كَتْب قضاته، وإن كان له فيهم من النظر ما لقاضي تونس اليوم من النظر في قضاة إفريقية.

قوله: (وإذا ادّعى رجل على رجل دعوى فأنكرها فشهد له شاهدان على خطه دون لفظه ففيها روايتان:

---

(١) في ب: وشبهه.

إحداهما: أنه يحكم له بالشهادة على الخط.

والأخرى: أنه لا يحكم له بها.

فإذا قلنا: إنه يحكم له بالشهادة على الخط، فهل عليه يمين مع الشهادة أم لا؟

إحداهما: أنه يحكم له بالشهادة على الخط.

والأخرى: أنه لا يحكم له بها).

ما ذكر الشيخ هو النقل الصحيح خلافًا لنقل محمد بن المواز وابن سحنون وغيرهما: أن قول مالك لم يختلف في إعمال الشهادة.

وظاهر كلام الشيخ: سواء كانت الدعوى في مال أو غيره كطلاق أو نكاح وهو كذلك على أحد القولين.

وقيل: يقصر ذلك على [الأموال](1) فقط.

واختلف إذا لم يوجد من يعرف خطه وطلب المُدَّعِي أن يُجْبَر المُدَّعَى عليه على أن يكتب بحضرة العدول ويقابل ما كتبه بالذي أظهره المُدَّعِي:

فأفتى عبد الحميد الصائغ: بأنه لا يجبر على ذلك.

وأفتى اللخمي: بأنه يجبر وعلى المدعى عليه أن يطيل فيما يكتبه تطويلًا لا يمكن فيه أن يستعمل خطًّا غير خطه.

واحتج المازري للأول: بأن إلزام المُدَّعَى عليه ذلك كإلزامه إحضار بينة تشهد عليه بما [قال](2) خصمه، وذلك لا يلزمه قطعًا.

وأشار اللخمي إلى الفرق: بأن البينة هو يقطع بكذبها، فلا يلزمه أن يسعى في أمر يقطع بتكذيبه.

قوله: (**فإذا قلنا: إنه يحكم له بالشهادة [على الخط](3) فهل عليه يمين مع [الشهادة](4) أم لا؟**

---

(١) في أ: الأحوال.

(٢) في أ: قاله.

(٣) سقط من ب.

(٤) في أ: الشاهد.

ففيها روايتان:

إحداهما: أنه يحكم له بمجرد الشهادة على الخط.

والأخرى: أنه لا يحكم له بمجرد الشهادة حتى يحلف معها فيستحق حقه بالشهادة واليمين.

وإذا شهد له شاهد واحد على الخط ففيها روايتان:

إحداهما: أنه يحكم له بالشهادة على الخط مع يمينه.

والأخرى: أنه لا يحكم له بذلك.

ففيها روايتان:

إحداهما: أنه يحكم له بمجرد الشهادة على الخط.

والأخرى: أنه لا يحكم له بمجرد الشهادة [على الخط][1] حتى يحلف معها فيستحق حقه بالشهادة واليمين).

واستشكلت الرواية الثانية وهي لزوم اليمين؛ لأن الفرض أن الخط ثبت بشهادتين فهو إذًا كشاهدين شهدا بإقراره، وعلماء الأمصار متفقون على أن الحق إذا ثبت: بشاهدين فلا يفتقر مع ذلك إلى زيادة اليمين إلا ابن أبي ليلى.

وأجيب: بأَنَّا لا نُسَلِّمُ بأن من قال بإعمال شهادة الشاهدين يتنزل الخط هنا بمنزلة الإقرار بل ينزله منزلة شاهد على الإقرار، وعلى هذا التقدير فلا بد من ضميمة اليمين.

قوله: (**وإذا شهد له شاهد واحد على الخط ففيها روايتان:**

إحداهما: أنه يحكم له بالشهادة على الخط مع يمينه.

والأخرى: أنه لا يحكم له بذلك).

[**الصواب:** أنه لا يحكم بها][2]؛ لأن شهادة في شهادة الخط من أصلها خلاف كما سبق.

---

(١) سقط من ب.

(٢) سقط من ب.

باب: الحبس في الحقوق

فصل: في الحبس في الحقوق:

وللحاكم أن يحبس كل من وجب عليه حق. والحبس واجب في الحقوق كلها ما كان منها على معاوضة مال أوغير مال. ولا حبس على معسر، ومن ثبتت عسرته وجبت نظرته. وليس للحبس حد محدود.

باب: الحبس في الحقوق

قوله: [(باب في الحبس في الحقوق:

قال: وللحاكم أن يحبس من وجب عليه الحبس](١)**، والحبس واجب في الحقوق كلها ما كان منها على معاوضة مال أو غير مال).**

وفي «**ثمانية أبي زيد**»: لا يسجن في الحديد إلا من سجن في دم.

وتلقاه الأشياخ بالقبول، والمراد ما لم يخف على المسجون في الدَّيْن الهروب دونه، فإن خيف سجن فيه، قاله بعض شيوخنا(٢)، وبه أفتيت بالقيروان.

قوله: (ولا حبس على معسر، ومن ثبتت عسرته وجبت نظرته وليس للحبس حد محدود).

يريد: إلا أن يشهد على نفسه أنه [معدم](٣) فإنه لا تنفعه البينة إلا بالعدم؛ لأنه مكذب لها إلا أن يطرأ على ماله جائحة، قاله غير واحد.

وقيل: ينفعه لأن في الشهادة على نفسه مضطر لولا ذلك ما داينه أحد.

وبالأول كان العمل عندنا، وأفتى شيخنا أبو مهدي ـ رحمه الله تعالى ـ بالثاني على ما بلغني في آخر عمره.

ولو زِيدَ في الإشهاد عليه أنه عرف باختلاف العلماء في ذلك فأخذ بقول من رأى العمل بذلك فهل هذا يرفع الخلاف أو الخلاف باق في هذا الأصل خلاف وإذا

---

(١) سقط من ب.

(٢) «مختصر ابن عرفة» (١٠/ ٤٨) .

(٣) في ب: مليّ .

فصل: في نظر الحاكم في أمر المحبوسين:

وينبغي للحاكم أن ينظر في أمر المحبوسين، ولا يهمل أمرهم، فمن علم إعساره، أنظره، ومن عُلم لدده أطال حبسه.

أثبت الغريم عدمه فهل يلزمه [تجديده][(١)] بعد ستة أشهر؛ لأن الكسب ينتقل فيها، قاله الباجي في سجلاته، أم لا؛ لأن الأصل الاستصحاب؟ في ذلك قولان: وبالثاني حَكَمْتُ غير ما مَرَّة.

ووقعت بالقيروان فأفتيت بما حكمت به، فلم يعمل القاضي على قولي فيها بعد أن عرف به وطلب بضامن بالمال أو بالسجن ولم يكن عنده علم بنص فيها.

وإنما يسمع أنه لا بد من التجديد.

ومن الغلط توليته وتولية مثله، ثم وافق سفري لتونس عن قرب فسألت شيخنا أبا مهدي - رحمه الله تعالى - عن عمله في المسألة فقال: على أن الأصل العدم ولكني آمر الغريم بتجديده[(٢)]، فإذا عجز لا أسجنه، فعرفت الغريم بقوله.

فذكره للقاضي عني فلم يعرض له.

قوله: (**وينبغي للحاكم أن ينظر في حال المحبوسين ولا يهمل أمرهم فمن علم إعساره أنظره، ومن علم منه اللدد أطال حبسه**).

يريد: بعلمه [أي][(٣)] ببينة لا أنه يحكم بعلمه فيه.

ويريد: إن طال حبسه فإنه يضرب بالسوط مرة بعد مرة حتى يؤدي ما عليه أو يموت أو تبين أن لا شيء معه، وبه قضى سحنون على أحمد بن أبي الجواد فكان يأمر بضربه عشرة أسواط بعد صلاة الجمعة حتى مات.

قال الشيخ أبو الحسن القابسي: وكان يقول: ما لي ولابن أبي الجواد، على طريق الورع.

ويدل عليه قوله بإثره: ما أنا قتلته [ولكن الحق قتله][(٤)].

---

(١) في ب: تحديده.

(٢) يعني: تجديد وثيقة العدم.

(٣) في أ: أن.

(٤) سقط من ب.

...

❁ ❁ ❁

وطلبت زوجة ابن أبي الجواد - وكانت [أسماء] (١) بنت أسد بن الفرات- أن تضمن ما عليه، فلم يقبل منها سحنون ذلك(٢).

واستشكل ذلك في درس شيخنا أبي مهدي. رحمه الله تعالى. صاحبنا الفقيه أبو محمد عبد الله بن عبد السلام الباجي، بقول أهل المذهب: من أَدَّى عن رجل ما يجب عليه فإنه يرجع عليه وإن كان بغير أمره.

وأجبته: بأن شرطه الإقرار بملاء ذمته وإلا فيعتقد أنه أَدَّى عنه ما لا يجب عليه لفقره، فاستحسنه شيخنا المذكور.

وتكلم الشيخ على الوجهين الواضحين وسكت عن مجهول الحال، والحُكْمُ فيه أنه [يحبس](٣) عن كشف حاله، ويختلف باختلاف الدّين.

قال ابن الماجشون: يحبس في يسير الدريهمات نصف شهر، وفي كثير المال أربعة أشهر، وفي المتوسط شهرين.



(١) زياده من «ترتيب المدارك».

(٢) «ترتيب المدارك» (٤/ ٦١، ٦٢).

(٣) في أ: يحسن.

باب: في تحكيم غير القاضي

فصل: في تحكيم غير القاضي:

وإذا حكَّم الرجلان رجلاً فحكم بينهما، فرضى أحدهما بحكمه وسخط الآخر لزمه حكمه إذا كان من أهل العلم وحكم بما يجوز بين المسلمين، وسواء وافق حكم قاضي البلد أو خالفه ما لم يخرج بحكمه عن إجماع أهل العلم.

باب: في تحكيم غير القاضي

قوله: (وإذا حكَّم الرجلان رجلًا فحكم بينهما فرضى أحدهما بحكمه وسخط الآخر لزمه حكمه إذا كان من أهل العلم وحكم بما يجوز بين الناس وسواء وافق حكم قاضي البلد أو خالفه ما لم يخرج بحكمه عن إجماع أهل العلم).

ليس في كلامه ما يدل على جوازه ابتداءً والمذهب جوازه، كما يجوز الاستفتاء إلا أن سحنون استثنى الحدود واللعان.

وزاد أصبغ: العتاق والولاء والنسب والقصاص، إلا أنه قال: إن حكم فيما أذكر فإن القاضي يمضيه وإنما قال: «سواء وافق حكم قاضي البلد» لينبه على مذهب أبي حنيفة.

وظاهر كلام الشيخ: أن تحكيم المرأة غير ماض، وهو كذلك على أحد القولين، ويدخل في كلامه العبد والمسخوط، وهو كذلك على خلاف.

ومسألة التحكيم هذه يستعملها الذين يُنَصِّبُونَ أنفسهم للحكم بين الناس بغير إذن كمن يكون في بلد العرب ويجيبوا بها قاضي الموضع يقول له: إن الغريمين يُحَكِّمَانِي، وذلك جائز كما في علمكم، ولقد زجرت من قال لي هذا، وكان عدلًا وفقيهًا ويتعرض لما ذكر، وعزله القاضي الذي كان قبلي بسبب حكمه.

وأجبته: بأن المراد إذا كان ذلك فلتة، وأما أنه ينصب نفسه لهذا ولم يُقَدَّم فيه فلا يجوز، ومن [يستعمل][1] هذا نؤدبه؛ لأنه فساد على القاضي.

---

(١) في أ: يستهل .

فصل: في التحكيم في الشهادة:

وإذا حَكّم الرجلان رجلاً في شهادة فشهد على أحدها بشهادة فأنكرها لم تلزمه شهادته بتحكيمه.

❃ ❃ ❃

قوله: (وإذا حكّم الرجلان رجلًا في شهادة فشهد على أحدهما بشهادة فأنكرها لم تلزمه شهادته بتحكيمه).

ظاهره: سواء كان الشاهد عدلًا أو مسخوطًا أو نصرانيًّا، وهو كذلك عند ابن القاسم وأشهب وأصبغ وعيسى بن دينار؛ لأن من حجة المشهود عليه أن يقول: ما اعتقدت إلا أنه يقول الحق.

وقيل: لا قول له، قاله مطرف.

وقيل بالأول: إن كان نازعه في قول قاله أو فعل فعله .

وبالثاني إن كان في شيء ليس عنده منه علم مثل حدود أرض أو دين على أبيه، قاله ابن كنانة وابن دينار وسحنون.

وقيل: لا يلزم الرضا بشهادة النصراني بخلاف غيره.

وبالأول أفتى شيخنا أبو يوسف يعقوب الزعبي ـ رحمه الله تعالى ـ بتونس في حرين مسلمين زكيًّا لما تولى قضاء الجماعة بها، وهذا كله ما لم يكن قصد [كل][1] واحد من الغريمين التسكت لصاحبه لإبرائه للشاهد من الكذب، فإن كان ذلك فلا خلاف أنه لا عمل على شهادته.

وإذا فرّعْنا على مذهب ابن القاسم فلا يعارضها ما إذا قال المُدَّعَى عليه للمُدَّعِي: احلف وخذ ما تدعيه، فإنه لا قول له إذا قال: اعتقدت أنه لا يحلف؛ لأنه إذا قال له: احلف، فقد نكل عن اليمين، وبنكوله ترتبت اليمين على خصمه.

❃ ❃ ❃

---

(١) زيادة من ب.

باب: في كتابة الحقوق

فصل: في كتابة الحقوق:

ومن كان له على رجل حق وأراد أن يكتب به عليه فينبغي أن يُمليه الذي عليه الحق. وإن أملاه الذي له الحق بحضرته ورضاه فذلك جائز. وإن أملاه رجل غيرهما فرضيا به جميعًا، فذلك جائز.

فصل في أجرة الكاتب:

وأجرة الكاتب عليهما جميعًا. وإن كان لجماعة حق على رجل فكتبوا بذلك كتابًا واحدًا وسهامهم فيه مختلفة فإن أجرة الكاتب بينهم بالسوية.

باب: في كتابة الحقوق

قوله: (باب في تقييد الحقوق وحكمها وأملاكها

قال: ومن كان له على رجل حق فأراد أن يكتب به عليه كتابًا فينبغي أن يمليه الذي عليه الحق، وإن أملاه الذي له الحق بحضرته ورضاه فذلك جائز، وإن أملاه رجل غيرهما فرضيا به جميعًا فلا بأس بذلك وأجرة الكتاب في ذلك عليهما جميعًا).

ما ذكره مُشْكل، والصواب: أنها على صاحب الحق؛ لأن المنفعة له بذلك وحده، وإنما تكون المنفعة لهما في «كتاب الصداق» فتكون فيه الأجرة بين الزوجين، هذا هو المتبادر للذهن.

وحكى ابن عات عن بعضهم: أنها تكون على وليّ المرأة وحده؛ لأنه المتوثق لنفسه.

واختلف في الأجرة لأخذ النسخ للإعذار:

فقيل: على الذي يُعذر إليه، قاله أبو عمر ابن القطان، واختاره ابن سهل.

وقيل: على الذي أثبت الحق، قاله ابن [عتاب][1] وابن دحون، وبالأول العمل.

قوله: (وإن كان لجماعة حق على رجل فكتبوا به عليه كتابًا واحدًا وسهامهم فيه مختلفة فأجرة الكاتب بينهم بالسوية).

---

(١) في ب: عات.

....

❁ ❁ ❁

ما ذكره هو أحد القولين .

وقيل: على قدر المال ولها نظائر، وذلك الشفعة من الشركاء هل هي على عدد الرؤوس أو الأنصباء، والمعتقون إذا كانت حصصهم متفاوتة هل التقويم عليهم بالسوية أم لا ؟

وأُجْرَة قسام القاضي، وتوزيع نفقة الوالد على أولاده، وكانس المرحاض، وحارس الأندر، وزكاة الفطر في العبد المشترك.

وإذا أرسل أحد الصيادين كلبًا والآخر كلبين، وإذا أوصى لمجاهيل من أنواع والخلاف في جميعها.

❁ ❁ ❁

باب: في القضاء على الغائب

فصل: في القضاء على الغائب:

ويحكم على الغائب في الحقوق كلها، والوكالات، والمقاسمات، وسائر المعاملات، والمداينات.

باب: في القضاء على الغائب

قال: (ويحكم على الغائب في الحقوق كلها والوكالات والمقاسمات وسائر المعاملات والمداينات).

ظاهره: ولا يقدم له القاضي وكيلًا يقوم بحجته وهو كذلك قاله فيها[١] في «كتاب القسمة».

وقال سحنون: يقدم له رجلا ولا ترجى له حجة.

وكان شيخنا أبو عبد الله محمد بن قليل الهم يحتاط فَيُقَدِّمُ له من ينوب عنه في الإعذار وغيره ويرجى له الحجة، وبه أقول.

قال فيها[٢]: ومن أقام بينة على غائب ثم قدم قبل الحكم لم تعد البينة لحضوره، ولكن يخبره بمن شهد عليه وبالشهادة فلعل عنده حجة، فإن كانت عنده حجة وإلا حكم عليه، وقصد بالحجة إما أن يكون له في الشاهد ما يدفع به، أو يكون في الشهادة احتمال.

وظاهره: أنه يخبره بمن شهد عليه.

وإن كان المشهود عليه ممن يتقى، وهو كذلك، وحكم ابن بشير الأندلسي على الوزير بعدم الإخبار فقال له: عَرِّفْنِي بمن شهد عليّ، فقال: مثلك لا يُخْبَرُ بمن شهد عليه[٣]، وبه أقول.

---

(١) «التهذيب» (٤/ ١٨١).

(٢) «التهذيب» (٣/ ٥٧٧).

(٣) انظر: «ترتيب المدارك» (٣/ ٣٣٧).

وقد كره الحكم على الغائب في الرَّبع والعقار إلا أن تطول غيبته ويضر ذلك بخصمه، فيحكم عليه إذاطالت غيبته. وقال أشهب: يحكم عليه في الرَّبع وغيره.

❁ ❁ ❁

قوله: (وقد كره الحكم عليه في العقار والربع إلا أن تطول غيبته ويضر ذلك بخصمه فيحكم عليه إذا طالت غيبته وقال أشهب: يحكم عليه في الربع وغيره).

الكراهة على التحريم.

وما ذكره في القول الأول من التفصيل بين الغيبة القريبة والبعيدة هو قول ابن القاسم.

وقيل: لا يحكم عليه في الربع مطلقًا، قاله مالك، وكلاهما فيها في «كتاب القسمة»[1].

وما عزاه لأشهب مثله لعبد الملك ولابن القاسم أيضًا، فالأقوال ثلاثة، ثالثها: يحكم عليه في الغيبة البعيدة.

وهذا كله إنما هو في الاستحقاق وحده، وأما بيع الرّبَع في الدَّين على الغائب وشبه ذلك من الحقوق فإنه يباع عليه بسبب ذلك، ووقع في «العتبية» قول بعدم بيعه عليه في الدَّين.

❁ ❁ ❁

---

(١) «التهذيب» (٤/ ١٨١).

باب: الشهادة وحكمها

فصل: فيمن لا تجوز شهادتهم:

قال مالك: ولا تجوز شهادة الوالد لولده ولا الولد لوالده، ....

باب: في الشهادة وحكمها

قوله: (**قال مالك رحمه الله: ولا تجوز شهادة الوالد لولده، ولا الولد لوالده**).

ابن عبد السلام: لا [حاجة] (١) لتعريف الشهادة؛ لأنها معلومة.

قلت: قال بعض شيوخنا(٢): الشهادة: قول هو بحيث يوجب على الحاكم سماعه الحكم بمقتضاه إن عدل قائله مع تعدده أو حلف طالبه.

فتخرج الرواية، والخبر القسيم للشهادة، وإخبار القاضي بما ثبت عند قاضٍ آخر يجب عليه الحكم بمقتضى ما كتب به إليه لعدم شرطه بالتعدد أو الحلف.

والروايات واضحة بأنها فرض كفاية.

وما ذكر من عدم جواز شهادة الوالد لولده لا خلاف فيه.

وما ذكره في العكس هو المعروف.

وحكى بعض الشافعية عن مالك قبولها.

قال المازري: وهي حكاية مستنكرة، وربما كانت وهمًا.

وَدَلَّ كلام الشيخ على «الأم» من باب أحرى، وأراد بالأب وإن علا، وبالابن وإن سفل.

واختلف في النقل عن أبيه أو العكس وشهادة أحدهما معه [صحيفة](٣) والشهادة عنده أو على حكمه على قولين:

فقيل: جائز، وهو مقتضى قول سحنون.

وقيل: لا، وهو مقتضى قول أصبغ.

---

(١) في أ: حجة.

(٢) «مختصر ابن عرفة» (١٣/ ٤١٥).

(٣) في ب: في صفيحة.

ولا الرجل لامرأته، ولا المرأة لزوجها. ولا تجوز شهادة خصم على خصمه، ولا ظنين يتهم بمحبة، ولا عدو على عدوه. ولا تجوز شهادة عبد في حق ولا حدّ.

ومن هذا المعنى الشهادة على خَطّ أبيه وحكمت بباجة بجوازه.

وأما شهادة الأخ مع أخيه فإنها جائزة، وليس كالابن مع أبيه، قاله بعض أهل الشورى بقرطبة، حكاه ابن عات.

قوله: (**ولا الرجل لامرأته، ولا المرأة لزوجها**).

ظاهره: لو طلق الرجل زوجته طلاقًا بائنًا أن شهادته لها مقبولة، وهو كذلك، قاله سحنون في «كتاب ابنه» قائلًا: وإن كان له منها ولد.

وقال عنه ابن عبدوس: إنما تجوز إذا كان مليًّا ليس لولده حاجة إلى أمهم، فإن كان عديمًا والولد في نفقة أمهم لم تجز.

قلت: وينبغي أن يكون هذا مفسرًا لما فوقه، وظاهره أيضًا: لو شهد رجل لامرأته عند قاض ولم يحكم بها حتى تزوجها الشاهد، فإن شهادته لا تبطل وهو كذلك، قاله أصبغ في «نوازله».

وكان بعض العدول وقف عن الشهادة بتونس بسبب أنه شهد [باسترعاء](1) لامرأة بحق ثم تزوجها.

واختلف هل يشهد لربيبته أم لا؟ على قولين لابن القاسم وسحنون(2).

قوله: (**ولا تجوز شهادة خصم على خصمه ولا ظنين يتهم بمحبة من استشهده ولا عدو على عدوه.**

ولا تجوز شهادة عبد في حق ولا حد).

يريد: إذا كانت الخصومة فيما له بال، وإلا فلا، قاله البوني.

ويريد: إذا كانت المخاصمة في الدنيا وحُطَامِهَا.

وأما في الدِّين كما إذا شهد على أهل البدع فلا، قاله سحنون.

---

(١) في ب: باستدعاء.

(٢) قلت: الجواز لابن القاسم، والمنع لسحنون.

فصل: في شهادة الأبناء على الآباء:

لا تجوز شهادة الابن لأبيه على أمه، ولا لأمه على أبيه. وقد قيل: تجوز شهادة الابن لأمه على أبيه في الشيء اليسير، ولا تجوز شهادته لأبيه على أمه لحال.

وَفَسَّرَ الشيخ الظنينِ بالمتهم في شهادته، وقيل: هو المتهم في دينه، ويقوم من كلام الشيخ أن العدو لا يُوَكَّل على عدوه، وهو كذلك، نَصّ عليه ابن شعبان، ويؤخذ مثله من قولها في «كتاب المديان»[1]: ومن أدى عن رجل دينًا عليه بغير أمره جاز ذلك إن فعله رفقًا بالمطلوب، وأما إن أراد الضرر بطلبه وإعناته وأراد حبسه لعدمه أو لعداوة بينه وبينه منع ذلك، وكذلك يقوم مما ذكر: أن القاضي لا يحكم على عدوه، وهو كذلك في أحد القولين.

واختلف في قبول شهادة العدو على ابن عدوه في غير القتل والحد وجرى العمل عندنا على شهادة القرى بعضهم على بعض خلافًا لابن وهب وابن شعبان.

قوله: (ولا تجوز شهادة الابن على أبيه لأمه ولا على أمه لأبيه.

وقد قيل: تجوز شهادة الابن لأمه على أبيه في الشيء اليسير، ولا تجوز شهادته لأبيه على أمه بحال).

اختلف في شهادة الابن لأحد أبويه على الآخر على أربعة أقوال:

فقال سحنون: لا تجوز.

وقال ابن نافع: ذلك جائز ما لم تكن تهمة كموالاة الأب للابن بالصلة.

وقيل: إن كان مبرزًا ويكون ما شهد فيه يسيرًا فإنها جائزة.

قاله مالك في «المجموعة» و «الموازية».

والرابع: ما ذكره الشيخ في القول الثاني من نقله.

واختلف في شهادة الأب لأحد ولديه على الآخر إذا استوت حالته على قولين لابن محرز وسحنون.

---

(١) «التهذيب» (٣/ ٦٢٩).

وإذا شهد ابنان على أبيهما بطلاق أمهما، فإن كانت الأم مدعية للطلاق لم تجز شهادتهما، وإن كانت منكرة له جازت شهادتهما؛ لأنها شهادة على الأبوين جميعًا وليست لواحد منهما على الآخر.

فصل: في شهادة الوصي والصديق والسائل والأخ وابن العم:

ولا تجوز شهادة الوصي لمن يلي عليه. وعن مالك في شهادة الوصي على من يلي عليه روايتان:

قوله: (إذا شهد ابنان على أبيهما بطلاق أمهما، فإن كانت الأم مدعية للطلاق لم تجز شهادتهما، وإن كانت منكرة له جازت شهادتهما؛ لأنها شهادة على الأبوين جميعًا، وليست لواحد منهما على الآخر).

لا يريد: أن الأب مدع للطلاق والأم منكرة له فشهد الابنان بذلك فإن الطلاق حينئذٍ ماض على الأم لإقرار الأب به، وإنما يريد أن الأبوين منكران للطلاق فشهد الابنان بذلك.

وما ذكره من التفصيل هو قول أصبغ وسحنون، وأطلق ابن القاسم قبول هذه الشهادة من غير تفصيل في كون الأم منكرة أو مقرة.

قال ابن رشد(١): وتفصيل الأولين يفسر قول ابن القاسم.

قلت: ولعله أخذه من كلام الشيخ لكونه اقتصر على التفصيل ولم يطلق القول بالجواز في ذلك، وكذلك فعل ابن الحاجب(٢) تبعًا لابن رشد.

قوله: (ولا تجوز شهادة الوصي بمن يلي عليه).

لأنه يجر بذلك إلى نفسه النظر في المال الذي يأخذه من [المشهود](٣) عليه.

وفي نظره في ذلك المال التمكين من السلف والنفقة منه إن كان فقيرًا وغير ذلك.

قوله: (وعن مالك في شهادة الوصي على من يلي عليه روايتان:

---

(١) «البيان» (١٥/ ١٩).

(٢) «جامع الأمهات» (ص/ ٤٧٢).

(٣) في ب: الشهود.

إحداهما: جوازها.

والأخرى: منعها.

وكل من لم تجز شهادته لغيره فشهادته عليه جائزة، وكل من لم تجز شهادته على غيره فشهادته له جائزة. ولا تجوز شهادة الصديق الملاطف لصديقه إذا كانت تناله صلته ومعروفه.

أحدهما: جوازها.

والأخرى: منعها).

الرواية الأولى هي قولها(١): «وتجوز شهادة الوصي أو الوارثين بدين على الميت».

وزاد ابن يونس: مع يمين الطالب.

قوله: (وكل من لم تجز شهادته لغيره فشهادته عليه جائزة).

يعني: كشهادة الولد على أبيه إذ لا تهمة في ذلك.

قوله: (وكل من لم تجز شهادته على غيره فشهادته له جائزة).

يعني: إذا شهد العدو لعدوه إذا التهمة منتفية في ذلك أيضًا.

قوله: (ولا تجوز شهادة الصديق الملاطف لصديقه إذا كانت تناله صلته ومعروفه).

حكى الباجي(٢) روايتان في شهادته بالقبول والرد.

وحكى اللخمي عن ابن كنانة أنها تقبل في اليسير.

وهذا كله ما لم يكن في نفقته، وأما إن كان الشاهد في نفقة صديقه فلا تقبل اتفاقًا.

قال ابن رشد(٣): والمسائل التي يشترط فيها التبريز عند ابن القاسم ست: شهادة الأخ لأخيه، وشهادة الصديق الملاطف لصديقه، وشهادة الشريك لشريكه في غير مال المعاوضة، وشهادة الولي لمن أعتقه، وشهادة الأجير لمن استأجره إذا لم يكن في

---

(١) «المدونة» (٤/ ٢٧)، و«التهذيب» (٣/ ٥٩٠).

(٢) «المنتقى» (٥/ ٢٠٦).

(٣) «البيان» (٩/ ٤٢٦).

ولا تجوز شهاد السُّؤَّال الذين يطلبون صلة الناس ومعروفهم.

عياله وإذا زاد ونقص في شهادته.

قلت: فَتَحَصَّلَ في شهادة الصديق الملاطف أربعة أقوال:

ثالثها: تقبل في اليسير.

ورابعها: تقبل مطلقًا بشرط التبريز .

قوله: (**ولا [تقبل]**[١] **شهادة السؤال الذين يطلبون صلات الناس ومعروفهم**).

يريد: إلا في التافه اليسير؛ لتصريحها[٢] بذلك.

وظاهر كلام الشيخ: سواء كان سؤالهم عامًا أو خصوصًا من بعض الناس، وهو كذلك في الأول باتفاق وباختلاف في الثاني.

ويريد: إذا كان يسأل لنفسه، وأما إن كان لغيره فإنها تقبل على الظاهر بمبادئ الرأي.

وظاهر لفظ السُّؤَّال يقتضي التكرر بحيث تصير عادتهم، وأمَّا [إن][٣] فعل ذلك لعارض فلا يقدح في شهادته، وهو كذلك.

وعلل بحصول رتبة الإبعاد فيما له قدر، فإن الناس غالبًا إنما يقصدون [بوثائقهم][٤] المعتبرة غير السُّؤَّال.

قال ابن عبد السلام: وعلى هذا التقدير فتقبل شهادتهم فيما لم يقصدوا إلى الإشهاد به كما لو قال السائل: مررت بفلان وفلان وهما يتنازعان فأقر فلان منهما لفلان بكذا.

وظاهر كلام الشيخ: «**صلات الناس ومعروفهم**» أن السؤال للزكاة لا يضر؛ لأنه إنما سأل حقه، وهو كذلك، قاله المغربي.

---

(١) في أ: تجوز .

(٢) «المدونة» (٤/ ٨)، و«التهذيب» (٣/ ٥٨٤).

(٣) في ب: من .

(٤) في أ: هؤلاء ففهم .

وتجوز شهادة الأخ لأخيه إلا في النسب ودفع المعرّة عنه.

ووقعت بالقيروان في أيام شيخنا أبي محمد عبد الله الشبيبي - رحمه الله تعالى.

ووقعت الفتوى والحكم بذلك، ورأيت بخط بعض أصحابنا العدول: أن الشيخ أبا إسحاق ابن عبد الرفيع حكم بتونس بخلافه، وهو الذي كان يحمل عليه شيخنا حفظه الله تعالى.

قولها[1]: «ولا تجوز شهادة السُّؤَّال»، ويذكر أنه المنصوص للمتقدمين.

وظاهر كلام الشيخ: لو كان فقيرًا لكنه لا يسأل وإذا أعطي قبل: إنها جائزة، وهو كذلك.

ويريد: ما لم ينصب نفسه للجلوس لذلك كمن يجلس بجبانة بعض الصالحين إذا أعطي: قبل ولم يسأل.

قوله: (وتجوز شهادة الأخ لأخيه إلا في النسب وفي دفع المعرة عنه).

ظاهره: كان الأخ مبرزًا أم لا.

وكذلك أطلق في «الرسالة»[2]، وكذلك أطلق فيها مرة وقيد مرة باشتراط التبريز، فقيل: اختلاف:

والصحيح: أَنَّ الـمُطْلَق يرجع للمُقَيَّد، وبه العمل.

قال عياض[3]: والمبرز بكسر الراء المشددة وهو الذي برزته أفعاله.

قلت: وهو قليل الوجود كالشيخ أبي الحسن المنتصر في زمانه بتونس، وشيخنا أبي محمد عبد الله الشبيبي بالقيروان، والشيخ ابن عاشر في سلا.

ويتحصل في شهادة الأخ لأخيه في المال سبعة أقوال:

هذان قولان.

وقيل: مردودة بكل حال.

---

(١) «المدونة» (٤/ ١٨)، و«التهذيب» (٣/ ٥٨٤).

(٢) «الرسالة» (ص/ ١٣٣).

(٣) «التنبيهات» (٣/ ١٦٣٧).

وشهادة ابن العم لابن عمه جائزة.

وقيل: تقبل في اليسير دون الكثير، قاله ابن كنانة.

وقيل: مثله إلا أن يكون مبرزًا فتقبل مطلقًا. قاله أشهب.

وقيل: تجوز إن لم تنله صلة.

وقيل: تجوز في غير الربع المتهم لجره إليه أو إلى ابنه [كحبس](١) مرجعه إلى ابنه.

وكل هذا الخلاف إنما هو إذا لم يكن الشاهد في نفقة المشهود له.

وكذلك إذا كان يتكرر عليه معروفه عند الباجي(٢).

قوله: (وشهادة ابن العم لابن عمه جائزة).

لا خصوصية لذكر ابن العم بل وكذلك العم والخال وغيرهما عند المتقدمين.

ومنع ابن القاسم شهادة الرجل لزوج ابنته وزوجة ابنه،وأجازها سحنون، والعمل على الأول.

ووقعت بتونس في أيام قراءتنا بها شهادة الخال، وأفتى بعض شيوخنا بعدم قبولها لأن أقل مرتبته أن يكون كالصديق الملاطف، وهو يشترط التبريز فيه.

ووقع الحكم بفتواه.

ووقعت بالقيروان منذ سنتين شهادة الرجل لزوج أخته، وذلك في مائة دينار ذهبًا.

وأفتى مفتيها حينئذٍ وهو شيخنا أبو حفص عمر المسراتي بإعمالها.

وكان الشاهد ولده [والزوجة](٣) ابنته، وخالفته فيها فبنى القاضي على قوله وأعذر للغريم بعد أن عمل مجلسًا حضره غيرهما معهما، واتفقت كلمة الجميع على ذلك ولم يحضراني ولو حضرت لعرفتهما ما عندي في شهادة الخال، وأن الباب واحد عند شيوخنا، فأمرت الغريم بأن يمشي لشيخنا أبي مهدي ـ رحمه الله تعالى ـ وكتبت له

---

(١) في ب: كمحبس.

(٢) «المنتقى» (٥/ ٢٠٠).

(٣) في أ: وزوج.

فصل: في شهادة الدائن على المدين والوصي على الوصية:

ولا تجوز شهادة الرجل على الرجل بمال له بعضه. وإذا شهد رجل على وصية قد أُوصي له فيها بشيء ففيها ثلاث روايات:

إحداهن: أن شهادته في الوصية كلها باطلة.

والأخرى: أن شهادته في الوصية كلهاجائزة إذا كان الذي أوصي له به يسيرًا لا يتهم على مثله.

كتابًا وبسطت له الكلام فيها وما احتجوا به وعرَّفته بأنهما لم يحضراني لأعرفهما ما عندي، وكذلك كتبت لشيخنا -حفظه الله تعالى- فاجتمعا معًا وكتبا ببطلان شهادته.

وأجاب عما كتبت به عنهما بكلام [مغلظ إلى غاية][1] يرجع إلى ما ذكرته من اشتراط التبريز وهو مفقود في [إشهاده][2].

وقال: إني طالعت في جوابي هذا من يوثق به لعلمه ودينه.

يعني به شيخنا - حفظه الله تعالى - [ثم][3] ورد عليه كتاب من القاضي بما ذكرته له، وقَدَّمَنِي - رحمه الله - قاضيًا ببلد الأُرْبُس.

قوله: (ولا تجوز شهادة الرجل على الرجل بمال له بعضه)

ظاهره: أنها تبطل في حقه وحق غيره، وهو كذلك، قاله في «المجموعة»؛ لأن أحدهما لا يأخذ شيئًا إلا إذا دخل صاحبه.

وقال في «كتب محمد»: يمضي في حق الأجنبي؛ إذا كان الشاهد الشريك إنما له في المال اليسير، والمعروف هو الأول.

قوله: (وإذا شهد الرجل على وصية قد أوصي له فيها بشيء ففيها ثلاث روايات:

إحداهن: أن شهادته في الوصية كلها باطلة.

والأخرى: أنها في الوصية كلها جائزة إذا كان الذي أوصى له به يسيرًا لا يتهم على مثله.

---

(١) في أ: غير واضح .

(٢) في ب: الشهادة .

(٣) في ب: لما .

والرواية الثالثة: أنها لغيره جائزة وفي حقه خاصة باطلة.

فصل: شهادة الأعمى والأخرس وولد الزنا:

وشهادة الأعمى في الأقوال جائزة.

والرواية الثالثة: أنها لغيره جائزة، وفي [حظه خاصة][1] باطلة).

ما ذكره الشيخ أن الخلاف في المال اليسير والكثير صحيح، واستقرأه غير واحد من «المبسوط» و«كتب ابن حبيب» وغيرهم من الشيوخ بقول: إن كان المال كثيرًا فلا تقبل بلا خلاف، وإن كان يسيرًا فالثلاثة وهي: بأنها تقبل لغيره دونه، وهو قصور.

والأصل بطلان الشهادة؛ لأن الشهادة إذا بطل بعضها للتهمة بطل جميعها والفرق عند الشيخ بين هذا الفرع والذي قبله: أن الوصية قد تأتي على حال ضرورة من خشية موت الموصي أو منعه من الكلام، وحق الشاهد أن يأتي بشهادته كما تحملها فلذلك احتملت الخلاف.

وأما شهادة غير الوصية فالغالب أنها تكون على حال اختبار فتبطل بالتهمة إذا عرضت لها.

وإذا فَرَّعْنَا على الرواية الثانية:

فقال الأبهري: اليسير العشرة من الألف. حكاه التونسي.

قوله: (وشهادة الأعمى على الأقوال جائزة).

ما ذكره هو قولها[2] في «كتاب الأيمان بالطلاق».

ابن رشد[3]: وهو مما لا اختلاف فيه في المذهب.

وهو قصور؛ لقول المتيطي في فصل من يستحق القضاء ما نصه: والمشهور عن مالك جواز شهادته.

وحكى أبو عبيد من رواية ابن أبي مريم عن مالك منع شهادته، وهو ضعيف لقول ربيعة: لو لم تجز شهادته ما جاز له وطء أمته ولا زوجته.

(١) في ب: حقه .

(٢) «التهذيب» (٣/ ٥٧٩).

(٣) «البيان» (٩/ ٤٧٧).

وشهادة الأخرس إذا فهمت شهادته جائزة.

وظاهر كلام الشيخ: وإن ولد أعمى، وهو كذلك، نَصّ عليه المغيرة، ونحوه للمازري.

ويقوم من كلام الشيخ: أن شهادة المختفي جائزة، وهو كذلك، بناء على أن ليس من شرط صحة الشهادة قول المقر للشاهد: اشهد عليّ، وفي ذلك قولان.

قوله: (وشهادة الأخرس إذا فهمت إشارته جائزة).

ما ذكره هو نَصّ [أبي][1] إسحاق، وابن شعبان في «زاهيه»، ويؤخذ من قولها في «كتاب اللعان»[2]: ويلاعن الأخرس بما يفهم عنه من إشارة أو [كتابة][3]، وكذلك يعلم قذفه.

ومن قولها في «الأيمان» بالطلاق[4]: «ومن علم من الأخرس بإشارة أو كتابة من طلاق أو خلع أو عتق أو نكاح أو بيع أو شراء أو قذف لزمه به حكم المتكلم به».

واختار أبو حفص العطار عدم قبول شهادته قياسًا على [المحرم][5] لا تجوز شهادته وتجوز الأحكام التي بينه وبين غيره.

قال: وخالفوني فيها، ذَكَرَ ذلك في «كتاب الحمالة » من «تعليقته».

ويقوم منها أيضًا أن إشارته في صلاته تتنزل منزلة كلام غيره فتبطل مع العمد.

قال ابن العربي في «القبس»[6]: ووقعت بدمشق فقال شيخنا أبو الفتح: لا تبطل؛ لأن الإشارة لا تبطل الصلاة إجماعًا.

وقال شيخنا أبو حامد: تبطل؛ لأن إشارته كلامه، والكلام محرم على الأبكم في الصلاة على قدره.

---

(١) في ب: ابن .

(٢) «التهذيب» (٢/ ٣٣٩).

(٣) في أ: كناية .

(٤) التهذيب (٢/ ٣٥٩).

(٥) في أ: المخرج .

(٦) «القبس» (١/ ٦٠٠).

ولا بأس بشهادة ولد الزنا إلا في الزنا وما أشبهه من الحدود، فإنه لا تجوز فيه.

واختلف في الشهادة بالفهم على ثلاثة أقوال:

فقيل: يُعَوَّلُ عليها، قاله مالك وابن القاسم وأصبغ.

وقيل: لا، قاله في سماع يحيى.

وقيل: كالأول وتثبت شهادته بذلك.

والثلاثة ذكرها ابن رشد في «كتاب التخيير والتمليك» من «بيانه».

ووقعت بتونس في أيام ابن عبد السلام في مال معتبر وحكم بإعمال شهادة واحد مع اليمين، وكان الشاهد من المعتبرين.

قوله: (**ولا بأس بشهادة ولد الزنا إلا في الزنا وما أشبهه من الحدود، فإنها لا تجوز فيه**).

ما ذكره من عدم شهادة ولد الزنا في الزنا هو كذلك باتفاق عند المازري.

وأما من أتى حدًا ثم تاب فذكر الشيخ أنه لا تجوز شهادته فيه كالقاذف، وهو كذلك في المشهور.

وقال ابن كنانة وأصبغ، وروي عن مالك: أنها تقبل.

واختاره الأبهري، وهو ظاهر «دياتها»[(١)].

والفرق على القول الثاني من ولد الزنا ومن حُدّ في شيء: أن ولد الزنا لا يندفع عاره بالتوبة، وغيره يندفع كاندفاع الكفر بالإسلام.

وَضَعَّفَه ابن يونس[(٢)]، وزعم أنها في الجميع باقية؛ لأنها إذا لم تنتف في ولد الزنا وليس الزنا من فعله كانت في الزاني أبقى؛ لأنه من فعله.

وقال ابن رشد[(٣)]: شهادة ولد الزنا في [الزناة][(٤)] وفي نفي الرجل عن أبيه جارية

(١) «التهذيب» (٤/ ٤٧١).

(٢) «الجامع» (٥/ ٣٤٨).

(٣) «البيان» (١٠/ ١٩١).

(٤) في ب: الزنا.

فصل: في شهادة العبيد، والصغار، والمشركين والفاسقين:

وإذا شهد المملوك في حال رقه، والصبي في حال صغره والمشرك في حال كفره بشهادة فردّت عليهم، ثم شهدوا بها بعد تغير أحوالهم لم تُقبل شهادتهم وإن لم يكونوا شهدوا بها في الأحوال التي تقدمت قُبلت شهادتهم.

وإذ شهد الفاسق بشهادة، فردت لفسقه، ثم زال الفسق عنه فشهد بها ثانية لم تقبل شهادته.

فصل: في شهادة النصارى واليهود:

ولا تجوز شهادة النصارى، ولا اليهود بعضهم على بعض، ولا على المسلمين ولا لهم.

على الخلاف فيمن حد في شيء هل تجوز شهادته فيه أم لا؟

وما ذكر خلاف ما تقدم من اتفاق المازري، واختلف هل يجوز أن يولى ولد الزنا القضاء أم لا؟ على قولين لسحنون مع أصبغ، والباجي[(١)].

وعلى الأول فهل يمنع أن يحكم في الزنا أم لا؟

على قولين لسحنون وأصبغ.

قوله: (وإذا شهد المملوك في رقه، والصغير في صغره والمشرك في كفره بشهادة فردت عليهم، ثم شهدوا بها بعد تغير أحوالهم لم تقبل شهادتهم، فإن لم يكونوا شهدوا بها [في الأحوال التي تقدمت][(٢)] **قبلت شهادتهم [إذا شهدوا]**[(٣)].

وإذا شهد الفاسق بشهادة فردت شهادته لفسقه، ثم زال الفسق عنه فشهد بها ثانيًا لم تقبل شهادته.

ولا تجوز شهادة النصارى واليهود بعضهم على بعض ولا على المسلمين ولا لهم).

دَلّ كلام الشيخ: أن شهادة العبد غير معمول بها، وهو كذلك باتفاق.

---

(١) «المنتقى» (٥/ ٢١٠).

(٢) سقط من ب.

(٣) سقط من أ .

وقد قيل: إنها جائزة في السفر.

فصل: في شهادة الصبيان:

وتجوز شهادة الصبيان بعضهم على بعض في القتل والجراحات خاصة إذا شهدوا قبل أن يفترقوا ويخببوا، فإن افترقوا وأمكن تخبيبهم لم تقبل شهادتهم إلا أن يكون الكبار قد شهدوا على شهادتهم قبل افتراقهم فلا يضر رجوعهم ولا يعتبر الآخر من قولهم.

وظاهر كلام الشيخ: أن البطلان إنما يختص إذا شهد من ذكر عند القاضي ورد شهادته.

وأما من قال لقاض: يشهد لي فلان العبد أو النصراني أو فلان الصبي، فقال: لا أقبل شهادتهم، ثم زالت موانعهم قُبِلَت شهادتهم؛ لأن ذلك فتوى لا رد، وهو كذلك، قاله أشهب.

ويقوم من كلام الشيخ: أن السيد إذا شهد لمكاتبه فردت شهادته ثم يعيدها بعد عتق المكاتب، وأن العدو إذا شهد على عدوه فردت شهادته ثم يعيدها بعد زوال العداوة أنها لا تقبل، وهو كذلك على ظاهر قول سحنون.

وللشافعية فيه قولان.

والدليل لنا في هذا الباب: أن الطِّبَاع البشرية مجبولة على زوال العار الأحق برد الشهادة أولًا فيدخل ذلك تحت الظِّنَّة المانعة من قبول الشهادة.

قوله: (**وتجوز شهادة الصبيان بعضهم على بعض في القتل والجراحات خاصة إذا شهدوا قبل أن يفترقوا، ويخببوا، فإن افترقوا وأمكن تخبيبهم لم تقبل شهادتهم [بعد]**[1] **إلا أن يكون الكبار قد شهدوا على شهادتهم قبل افتراقهم فلا يضر رجوعهم ولا يعتبر الأخير من قولهم**).

[ما ذكر الشيخ][2] هو المشهور.

---

(١) زيادة من ب.

(٢) في ب: ما ذكره.

ولا تجوز شهادة الصبيان على كبير أنه قتل صغيرًا ولا صغير أنه قتل كبيرًا.

❋ ❋ ❋

وقيل: إنها باطلة كشهادتهم في المال، قاله ابن عبد الحكم ومحمد بن صدقة ومطرف، وكذا عزاه ابن زرقون ولم يعزه ابن رشد إلا لمطرف، كما أن اللخمي والمازري لم يعزواه إلا لابن عبد الحكم.

ويريد الشيخ: أنه يشترط فيهم الحرية؛ لأنه المشهور.

وحكى عبد الوهاب[1] قولًا بجواز شهادة العبيد منهم.

ويريد: إذا عقلوا الشهادة، ومنع أشهب جواز شهادة الإناث.

وقال المخزومي بجواز شهادتهن،وكلاهما فيها[2].

وما ذكر أنها جائزة في القتل والجراح هو المشهور.

وقال أشهب: لا تجوز في القتل.

يعني: وتجوز في الجراحات، وكلاهما فيها أيضًا.

قوله: (**ولا تجوز شهادة الصبيان على كبير أنه قتل صغيرًا، ولا على صغير أنه قتل كبيرًا**).

ما ذكره هو المشهور.

وقال مطرف وابن الماجشون: شهادتهم جائزة.

وقال محمد: تجوز شهادتهم في الثانية؛ لأن بموت الكبير أمن معه من تخبيبهم.

❋ ❋ ❋

---

(١) «المعونة» (٢/ ١٥٢٣).

(٢) «المدونة» (٤/ ٥٤١).

باب: شهادة النساء واليمين مع الشاهد

فصل: في شهادة النساء:

ولا تجوز شهادة النساء في دم ولا نسب ولا في طلاق، ولا عتاق، ولا في نكاح، ولا في حدّ ولا رجعة، وما أشبه ذلك من أحكام الأبدان كلها.

باب: شهادة النساء واليمين مع الشاهد

قوله: (**قال: ولا تجوز شهادة النساء في دم ولا نسب، ولا في عتاق ولا في نكاح ولا في حد ولا رجعة ولا ما أشبه ذلك من أحكام الأبدان كلها**).

قال فيها[1]: «وإن شهدن لرجل أن فلانًا أوصى له بكذا جازت شهادتهن مع يمينه، وامرأتان في ذلك ومائة امرأة سواء يحلف معهن ويستحق».

وقال فيها أيضًا[2]: «إذا كانت بينة أحد [المتداعيين][3] رجلين أو رجلًا وامرأتين فيما يجوز شهادة النساء فيه وبينة الآخر مائة رجل واستووا في العدالة فإنهم يسقطوا ويبقى الشيء بيد حائزه فظاهرها: أن الأمر كذلك حقيقة».

وقال اللخمي: في الأولى: هذا مبالغة ولا تستوي امرأتان مع مائة لأنها تفيد العلم.

وقال في الثانية: محمل ابن القاسم على الغايات ولو كثروا حتى يقع العلم بصدقهم [لقضي][4] بهم؛ لأن القضاء باثنين لغلبة الظن، وتبعه المازري.

وقال المغربي: انظر هل يُسَلّم هذا اللخمي أم لا ؟

وجعله شيخنا - حفظه الله تعالى - المذهب، وأفتى به قائلًا: ولا يفتقر إلى تزكية ولا إلى أعذار.

وأَوَّلُ ما أفتى به في أمين بالقيروان شهد عليه أناس شتى بما يوجب عزله، ولم

---

(١) «التهذيب» (٣/ ٥٩١).

(٢) «التهذيب» (٣/ ٥٩٢).

(٣) في أ: المتداعين.

(٤) في أ: يقضي.

وتجوز شهادة امرأتين مع رجل في حقوق الأموال كلها وتجوز شهادة امرأتين مع اليمين في الأموال كلها.

يزكهم أحد من الشهود، وحكم القاضي وهو شيخنا أبو عبد الله محمد بن قليل الهَمّ ـ رحمه الله تعالى ـ بما أفتى به، [وكنت أنا الرسول بينهما](١) فعزله وأَدَّبه.

ونقلت كلامه هذا في درس شيخنا أبي مهدي ـ رحمه الله تعالى ـ فلم يرتضه، وقال: هو عندي خلاف المذهب؛ لأنه إذا قبل القاضي شهادتهم بمجرد كثرتهم فهو حكم بعلمه، وقد علمت أنه لا يجوز.

فذكرت كلامه في درس شيخنا ـ حفظه الله تعالى ـ فقال: ناظرته في هذا الكلام.

وأجبته: بأن الذي لا يحكم القاضي فيه بعلمه إنما هو إذا لم يكن مستندًا لشهادة أحد، وفي هذا قد استند حكمه لشهادة من شهد فلا ريب.

ونقلت هذا في درس شيخنا أبي مهدي ـ رحمه الله تعالى ـ فلم يقبله، واعتل بأن من لم [يزك](٢) فهو كالعدم.

وفي فهم الشيخين نظر؛ لأن المسألتين الـمُرَكَّب عليهما كلام اللخمي إنما هو إذا ثبتت عدالة من شهد.

ألا ترى إلى قوله فيها: «واستووا في العدالة»، وإلى قول اللخمي: «لأن القضاء باثنين لغلبة [الظن فهما»](٣) فمهما لم يزك من شهد ولو كثر عددهم جدًّا، فلم يدخل في كلام اللخمي، وإذا لم يدخل فلا شك أنها كالعدم، ولا يختلف في ذلك، والله أعلم.

قوله: (وتجوز شهادة امرأتين مع رجل في حقوق الأموال كلها، وتجوز شهادة امرأتين مع اليمين في الأموال).

ما ذكره هو المشهور، ومنع يحيى بن يحيى شهادة الواحد مع اليمين في الأموال.

---

(١) في ب: وتثبت أنا السؤال بينهما .

(٢) في ب: يترك .

(٣) في أ: الظن» فمهما .

وتجوز شهادة امرأتين منفردتين في الولادة والاستهلال وعيوب الإماء. ولا تجوز في ذلك شهادة امرأة واحدة. ولا تجوز شهادة النساء في تعديل النساء ولا الرجال ولا في تجريحها.

ولا تجوز شهادة النساء بعضهن على بعض في المواضع التي لا يحضرها الرجال مثل الحمامات والعرس، والمأتم وما أشبه ذلك.

وقال بعض أصحابنا تجوز شهادتهم في ذلك واعتبروها بشهادة الصبيان بعضهم على بعض.

قوله: (**وتجوز شهادة امرأتين منفردتين في الولادة والاستهلال وعيوب الإماء، ولا تجوز [في ذلك][1] شهادة امرأة واحدة، ولا تجوز شهادة النساء في تعديل النساء ولا الرجال ولا في تجريحها، ولا تجوز شهادة النساء بعضهن على بعض في المواضع التي لا يحضرها الرجال مثل الحمام والعرس والمأتم.**

وقال بعض أصحابنا: تجوز شهادتهن في ذلك واعتبرها بشهادة الصبيان بعضهم على بعض).

ظاهره: أن شهادتها في الولادة مقبولة وإن يحضر الجسد، وهو كذلك عند ابن القاسم خلافًا لسحنون.

وقال اللخمي: أرى إن كانت المناكرة بقرب الولادة ألا تجوز؛ لأنه يقدر على إظهاره، وإن كان مقبورا، وإن كانت بعد طول لقدوم من أنكرها أو كانت الأم مقرة ثم أنكرت أن تجوز.

وما ذكره في الاستهلال فمتفق عليه.

واختلف هل تجوز شهادة النساء على أنه ذكر أو أنثى على ثلاثة أقوال:

فأجازها ابن القاسم لكن مع يمين القائم بشهادتهن، وَرَدَّهَا أشهب.

وقال أصبغ: إن فات بالدفن والطول حتى تغير نظرت فإن كان فضل المال يرجع إلى بيت المال أو إلى [العشير][2] البعيد جازت كما قال ابن القاسم، وإن كان يرجع

(١) زيادة من ب.

(٢) في أ: العسير.

....

إلى بعض الورثة دون بعض أخذت بقول أشهب.

وما ذكره في عيوب الإماء هو كذلك إلا أنه اختلف إذا كان القاضي هو [الباعث][(١)] هل يُكْتَفى بامرأة واحدة أم لا؟

في ذلك قولان بناء على أنه من باب الخبر أم لا؟

واختار اللخمي أنه لا بد من امرأتين؛ لأن [العدالة][(٢)] ضعفت.

ولا خصوصية لما ذكر الشيخ بجواز شهادتهن في الرضاع [بل][(٣)] وفي عيوب النساء بغير الفرج مما هو عورة.

وقيل: بل يبقى الثوب حتى ينكشف موضع العيب فيطلع عليه الرجال ولا تقبل شهادتهن حينئذٍ.

وأما إن ادعى الزوج عيب فرج زوجته:

فقال ابن القاسم: هي مصدقة.

وقال سحنون: ينظر إليه النساء.

قوله: (ولا تجوز شهادة النصارى واليهود بعضهم على بعض، ولا على المسلمين ولا لهم).

هذه المسألة وقعت هنا في جميع النسخ التي رأيتها من هذا الكتاب، وذكرها التلمساني قبل هذا، وشرح عليها بإثر شهادة المملوك إذا شهد في حال رِقِّه، والصغير في حال صِغَره، والكافر في حال كُفْرِه، فردت شهادتهم.

وظاهر كلام الشيخ: ولو شهد في وصية أو سفر، وهو كذلك.

وأما شهادة المُسْلِم على الكافر فإنها مقبولة، قاله فيها[(٤)]، وأقام منها شيخنا ـ حفظه الله تعالى ـ أن شهادة الرعية على الوالي معمول بها؛ لأن العداوة العامة لا أثر

(١) بياض بالأصل، استدركته من «شرح الرسالة» (٢/ ٣٥٨).

(٢) في ب: العادة.

(٣) بياض بالأصل، استدركته من «شرح الرسالة» (٢/ ٣٥٨).

(٤) «المدونة» (٤/ ٥٢٩).

فصل: في اليمين مع الشاهد:

ويحكم بشهادة الشاهد مع اليمين في الأموال خاصة.

لها، وأفتى بذلك في والي القيروان تعرض إلى الجناب العَليّ فنسأل الله السلامة من ذلك، واستظهر بنص أبي حديد بذلك.

قلت: وترد الإقامة وإن كنت أقول بموجبها بأن العداوة التي بين المسلم والكافر إنما هي دينه، وقد علمت أنه لا أثر لها بخلاف العداوة التي بين الرعية والوالي إنما هي دنيوية وهي معتبرة.

فصل: في اليمين مع الشاهد:

قوله: (ويحكم بشهادة الشاهد مع اليمين في الأموال خاصة).

تقدم فيه قول يحيى بن يحيى وزعم أنه لم [يزل](١) الليث بن سعد يفتي به.

وفي «الموطأ»(٢): قضى عليه السلام باليمين مع الشاهد.

أبو عمر(٣): هذا مرسل وأسنده جماعة ثقات عن جابر برفعه.

وروى مسلم(٤) بسنده عن ابن عباس: أنه عليه السلام قضى باليمين مع الشاهد.

وذكر العقيلي(٥): عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده: أنه عليه السلام قضى بشاهد ويمين في الحقوق.

عبد الحق(٦): في سنده مطرف بن [مازن](٧) ضعيف، ورماه ابن معين بالكذب (٨).

---

(١) في أ: ير.

(٢) «الموطأ» (٢٦٧٢).

(٣) «الاستذكار» (٧/ ١١٠).

(٤) أخرجه البخاري (٢٦٦٨)، ومسلم (١٧١١) من حديث ابن عباس رضي الله عنهما.

(٥) «الضعفاء» (٤/ ٢١٦).

(٦) «الأحكام الوسطى» (٣/ ٣٥٣).

(٧) في ب: فارن.

(٨) انظر: «لسان الميزان» (٨/ ٨٢)، و«التاريخ الأوسط» للبخاري (٢/ ٢٦٣)، و«الضعفاء والمتروكين» للنسائي (ص/ ٩٦).

ولا يحكم في شيء من أحكام الأبدان كلها. ويحكم بالشاهد والنكول فيما يحكم فيه بالشاهد واليمين.

وإذا ادعى رجل أن رجلاً جرحه، وأتى على ذلك بشاهد واحد ففيها روايتان:

إحداهما: أنه يجب له القصاص بشهادة شاهد ويمين.

وقال أبو أحمد الجرجاني فيه(١): لم أر فيما يرويه شيئًا منكرًا.

قوله: (ولا يحكم بها في شيء من أحكام الأبدان كلها).

يدخل في كلامه: العتق، والطلاق، والحدود، والنكاح، والقتل، ويأتي للشيخ الخلاف عن مالك في الجرح بالشاهد واليمين، وكذلك في المشاتمة خلاف عن مالك أيضًا.

ويدخل في كلام الشيخ: الواحد في القذف لغو، وهو كذلك في المشهور.

وقال مطرف: إنه يحلف مع شاهده ويحد له. قاله ابن رشد(٢).

وهو شذوذ على الأول فلا بد من توجه اليمين على الْمُدَّعَى عليه، فإن نكل فاختلف هل يحد أو يسجن أبدًا حتى يحلف أو يطلق بعد يمينه خرج ذلك من [خلاف](٣) الطلاق.

قوله: (ويحكم بشاهد، والنكول فيما يحكم فيه بالشاهد واليمين).

يعني: إذا قام المدعي شاهدًا في مال وأبى أن يحلف ورد اليمين على المدعى عليه فلم يحلف فإنه يستحق حقه؛ لأن نكول المدعى عليه بعد ردها عليه يتنزل منزلة شاهدين للمدعي، والله أعلم.

قوله: (وإذا ادعى رجل أن رجلًا جرحه وأتى على ذلك بشاهد واحد ففيها روايتان:

إحداهما: أنه يجب له القصاص بشهادة شاهد ويمين.

---

(١) «الكامل» (٨/ ١٠٨-١١٠).

(٢) «البيان» (٩/ ٤٧٣).

(٣) في ب: الخلاف.

والأخرى: أنه لا يقتص له بشهادة شاهد ويمين.

❊ ❊ ❊

والأخرى: أنه لا يقتص له بشاهد ويمين).

الرواية الأولى هي قول مالك في «أقضيتها»[(١)].

والرواية الثانية رواها ابن الماجشون، وقال بها، والأول هو قول ابن القاسم في رواية ابن لبابة وغيره.

والثاني: ظاهر قول أشهب، وكلاهما فيها في «كتاب الشهادات».

وفي المسألة قول ثالث: وهو حلفه معه فيما صغر من الجراح [لا][(٢)] فيما عظم كقطع اليد، قاله سحنون.

وظاهر كلام الشيخ: أنه حيث لا يثبت القصاص، وذلك في المتالف [كالجائفة][(٣)] والمأمومة، فإنه يقضى فيه بالشاهد واليمين بلا خلاف، وهو كذلك؛ لأن العمد والخطأ فيه إنما هو مال.

❊ ❊ ❊

---

(١) «المدونة» (٤/ ٤).

(٢) في أ: فلا.

(٣) في أ: بالجائفة.

باب: التعديل والتجريح في الشهادة

فصل في عدالة الشهود:

والعدالة شرط في قبول الشهادة .

باب: التعديل والتجريح في الشهادة

قوله: (التعديل في الشهادة:

قال: والعدالة شرط في قبول الشهادات).

يريد: إذا وجد العدول وإلا فالأمثل بالأمثل.

ولما وليت قضاء جزيرة جربة وجدت أهلها خوارج كما يذكر عنهم وشهودهم منهم، وليس فيها من أهل السنة إلا القليل ممن لا يعرف موانع الشهادة كالأجناد وأهلها من الرجال الأحرار البالغين يزيدون على ثلاثين ألفًا على ما عرفني من يوثق به.

ووجدت قضاة أصحابنا بأجمعهم عملهم على جواز شهادتهم للضرورة فكنت أحافظ على من [يشهد](١) بالحق ولا أبالي بمذهبه، وحاله في غير ذلك للضرورة.

قال فيها(٢): «ولا يتخذ القاضي كاتبًا من أهل الذمة ولا فاسقًا ولا عبدًا ولا مكاتبًا، ولا يتخذ في شيء من أمور المسلمين إلا العدول».

قال المغربي: يريد إذا وجدوا وإلا بالأمثل فالأمثل [فتقييده](٣) لقولها: «يستروح منه ما ذكرنا».

وإن كان سياق قولها إنما هو في غير العدالة ويقوم منها أن كاتب الوثيقة يشترط فيه أن يكون عدلًا .

قال شيخنا ـ حفظه الله تعالى : وهو أحد الأقوال الثلاثة، حكاها المازري.

وقيل: إنما يشترط فيه ستر الحال فقط.

وقيل بالأول إن كان الشهود ممن يمكن التلبس عليهم فيما تدل عليه الوثيقة وإلا فالثاني.

---

(١) في أ: شهد .

(٢) «التهذيب» (٣/ ٥٧٧).

(٣) في أ: فتقيد .

ووصفها أن يكون الشاهد من أهل الرضى والأمانة والاعتدال في أحواله، معروفًا بالطهارة والنزاهة والتوقي، والتحري في المعاملة والمخالطة.

قلت: العمل عندنا بإفريقية على الثاني، وينبغي أن يكون الثالث مفسرًا للأولين على أن من يمكن [التلبيس][(١)] عليه في الوثيقة إذا كتبت بغير خطه لا يصح أن يكون شاهدًا إلا أن يكتب بخطه ولا يختلف في ذلك.

قوله: (**ووصفها أن يكون الشاهد من أهل الرضى والأمانة والاعتدال في أحواله معروفًا بالطهارة والنزاهة والتوقي والتحري في المعاملة والمخالطة**).

ظاهره: وإن كان مولى عليه لسوء نظره في المال، وهو كذلك في أحد القولين: وظاهر قوله: «**معروفًا بالطهارة والنزاهة**» يدل على أن لاعب الشطرنج لا تجوز شهادته وإن لم يدمن، وهو كذلك في قول للعرف المقتضي [لذلك][(٢)]، وهو خلاف قولها[(٣)]: «ومن أدمن على اللعب بالشطرنج لم تجز شهادته وإن كان إنما هو المرة بعد المرة فشهادته جائزة».

وكره مالك اللعب بها وقال: هي أشد من النرد.

والكراهة على التحريم لقوله: هي أشد من النرد، ويؤدبه القاضي على ذلك، وإنما شرط الإدمان في هذا لأن الإنسان لا يخلو من يسير لهو، قاله الأبهري.

وشرط الإدمان إذا لم يقامر عليها وأما إذا قامر فلا تجوز وإن لم يدمن وظاهر قولها في الإدمان الكثرة عرفًا.

وقال أحمد بن نصر الداودي: إذا لعب في السنة أكثر من مرة فهو مدمن، حكاه عبد الحق.

وقال ابن عبد الحكم: إن أكثر حتى شغله عن الصلاة في الجماعة ردت شهادته وإلا جازت.

حكاه ابن يونس.

---

(١) في ب: التلبس .

(٢) سقط من ب.

(٣) «التهذيب» (٣/ ٥٨٤).

وحدّ الشهادة على التعديل والتزكية أن يقول الشاهدان: نشهد أن فلانًا عدل رضى ولا يقتصران على وصفه بالعدالة دون الرضى ولا بالرضى دون العدالة حتى يقولا بالوصفين معاً.

فَتَحَصَّلَ في مقدار الإدمان ثلاثة أقوال، وما تقدم من قولها[١]: «الشطرنج أشد من النرد»، هو أحد القولين.

وقيل: إنهما متساويان.

قاله المازري عن ظاهر المذهب.

وأما اللعب بالحمام: ففي «سرقتها»[٢]: يجرح الشاهد بثبوت لعبه الحمام.

وفي «الرجم» منها[٣] [بزيادة][٤]: «إذا كان يقامر عليها» ومحمله عندي على التفسير لما في [سرقتها][٥].

وقال المازري: عن محمد: من فعله على قمار أو أدمن عليه ردت شهادته، فأجراه مجرى الشطرنج.

وأفتى الشيخ الصالح الفقيه أبو الحسن المنتصر: بمنع إمامة من يشتغل بمطلق علم الكيمياء، فالشهادة على قوله كذلك.

وكذلك تبطل شهادة من يكثر الكذب في غير شيء؛ لقولها: «أو [كذاب][٦] في غير شيء»، فأتى بصيغة فَعَّال: المقتضي لما ذكرناه، وَنَبَّهَ على هذا الأخذ غير واحد.

قوله: (وحد الشهادة على التعديل والتزكية أن يقول الشاهدان: نشهد أن فلانًا عدل رضى ولا يقتصران على وصفه بالعدالة دون الرضى ولا بالرضى دون العدالة، حتى يقولا [بالوصفين][٧] معًا).

(١) «التهذيب» (٣/ ٥٨٤).

(٢) «التهذيب» (٤/ ٤٤٥).

(٣) «التهذيب» (٤/ ٤٢٢).

(٤) في أ: فزيادة ، وما أثبتناه من ب.

(٥) في أ: سرعتها .

(٦) في ب: كاذب .

(٧) في ب: الصفتين .

ومن عرفه الحاكم بالعدالة والرضى لم يطالبه بالشهادة على تزكية، وأمضى بعلمه شهادته. ومن عرفه الحاكم بما يوجب سقوط الشهادة لم تقبل شهادته وإن كان ظاهر أمره العدالة، ولا يرجع بعد علمه فيه إلى قول المزكي.

ما ذكره هو أحد الأقوال الثلاثة.

ووجهه: أن الله تعالى قال: ﴿وَأَشْهِدُواْ ذَوَىْ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ [الطلاق:٢] وقال: ﴿مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ ٱلشُّهَدَآءِ﴾ [البقرة:٢٨٢].

وزاد سحنون في «نوازله» على الوصفين: جائز الشهادة.

وقيل: إن اقتصر على أحد اللفظين من العدالة أو الرضى أجزأ؛ لأن الله تعالى ذكر كل لفظ على حدة.

وهو نقل ابن فتوح عن المذهب، ونقله ابن هشام عن عبد الملك بن الحسن بن هشام عن ابن شعبان: قول الشاهد: نِعْمَ العبد، تعديل لقوله تعالى: ﴿نِعْمَ ٱلْعَبْدُ إِنَّهُۥٓ أَوَّابٌ﴾ [ص:٣٠] وكذلك قوله: «هو خير» لقوله تعالى: ﴿وَكُلٌّ مِّنَ ٱلْأَخْيَارِ﴾ [ص:٤٨].

ولابن حبيب روى ابن وهب: لا أعلمه، [إلا خيرًا][(١)] لغو وكذلك [ألغى][(٢)] بعض قضاة تونس قوله فيه: لا بأس به.

قلت: الأقرب عندي أنه تعديل فيهما للعرف المقتضي لذلك عندنا.

قوله: (ومن عرفه الحاكم بالعدالة والرضا لم يطالبه بالشهادة على تزكيته وأمضى بعلمه شهادته).

ظاهره: أنه يجب على الحاكم ذلك وهو بيّن.

قوله: (ومن عرفه الحاكم بما يوجب سقوط الشهادة لم يقبل شهادته وإن كان ظاهر أمره العدالة ولا يرجع بعد علمه فيه إلى قول المزكي).

لأن القاضي يحكم بعلمه في التعديل والتجريح إجماعًا، قاله ابن عبد البر[(٣)].

وقول ابن الحاجب[(٤)]: «اتفاقًا» يقتضي أن فيه خلافًا خارج المذهب، ولا أعرفه

(١) في أ: الأخير.

(٢) في أ: ألقى.

(٣) «الاستذكار» (٥/ ١٠٧).

(٤) «جامع الأمهات» (ص/ ٤٧٠).

فصل: في تزكية الشهود:

ولا بأس أن يكون للقاضي رجل واحد مُزَكٍّ يخبره بأحوال الشهود فيقبل في ذلك قوله وحده وإن لم يشهد بما يقول غيره.

وليس هو من حكم الحاكم بعلمه؛ لأن هذا الأمر ظاهر فلا يخفى.

واعلم أنه لا يحكم القاضي بعلمه في غير ما ذكر إذ لم أقف على زيادة على ذلك.

وَعَرَّفَنِي بعض العدول القضاة من أصحابنا أنه يحكم بعلمه أيضًا في التسفيه والترشيد والملأ والعدم لوقوفه على نص المغربي لذلك وغاب عنه موضعه الذي فيه.

قوله: (ولا بأس أن يكون للقاضي رجل واحد مُزَكٍّ يخبره بأحوال الشهود فيقبل في ذلك قوله وحده وإن لم يشهد بما يقوله غيره).

لا بأس هنا لما هو خير من غيره؛ لقول أشهب: فينبغي.

ويريد الشيخ: وإن كان رجلين فأحسن لنص سحنون بذلك.

قال اللخمي: وينبغي ألا يعرف مكشف القاضي لأن فيه فسادًا.

قلت: والـمُكَشِّف اليوم في زماننا قليل الوجود لفساد الزمان، فليتثبت القاضي في ذلك، وقد اتخذ سحنون بن سعيد [لذلك][1] أبا عبد الله محمد بن عبدوس وحمديس القطان، فأما ابن عبدوس فبقي زمانًا ثم فَرَّ إلى سوسة حتى عفاه.

وأما حمديس فلم يزل ومثله يقدمه القاضي لهذا، وقد قال فيه أبو بكر المالكي[2]: فضل حمديس لا يسعه تأليفنا.

وكذلك ابن عبدوس مكث ثلاثين سنة يُصَلِّي الصبح بوضوء العشاء الآخرة.

وشهد عند سحنون بعض أصحابه من طلبته فَرَدَّ شهادته، فأتى إليه وقت الحكم وقال: يا سيدي، ما الوجه الذي رددت به شهادتي، ولعل عندي جوابًا؟

فقال لي: إن حمديسًا ذكر لي ذلك فامش إليه.

فأتى إليه فسأله فقال: كنت أنا وأنت بموضع كذا، وقد باع عبدك فلانًا [بيعًا][3]

---

(١) في أ: بذلك.

(٢) «رياض النفوس» (١/ ٤٨٨).

(٣) سقط من أ.

وإذا سأل رجلاً ورجلين أن يزكياه عند الحاكم فحسن أن يفعلا ذلك إذا عرفوه بالعدالة ومن جاور قومًا مدة يسيرة فسألهم أن يزكوه فلا يفعلوا حتى تطول

من بياعات السعة[١] في وقت كذا ولم تُنْكِر عليه.

فقال: إنه حر قبل ذلك، وكما لم نغير عليه أنا فأنت لم تغير عليه، وَأُتِيَ بعقد يقتضي ما ذكر فرجع حمديس إلى سحنون وَعَرَّفَه [فأمضى][٢] شهادته.

هكذا كان شيخنا ـ حفظه الله تعالى ـ ينقل غير ما مرة، وهو وهمٌ، وإنما هو في «المدارك»[٣].

ابن عبدوس[٤]: [والشاهد هو: أبو داود أحمد بن موسى العطار، وفيه يقول أبو العباس الإبياني : كان][٥] أبو داود العطار قَرَّبَه سحنون إليه وكان يرضاه جدًّا، وكان [مختلطا بأهل دار سحنون لمكانه عنده، يشهد عنه بشهادة قضائه][٦].

قوله: (وإذا سأل رجل رجلين أن يزكياه عند الحاكم فحسن أن يفعلا ذلك إذا عرفاه بالعدالة).

هذه مسألة حسنة، ويريد ـ والله أعلم ـ إذا لم [يلح][٧] في الوقوف في القضية حتى يصير كأنه صاحب الحق، فإذا فعل ذلك بطلت شهادته، وبذلك حَكَمْتُ غير ما مرة.

قوله: (ومن جاور قومًا [مدة يسيرة][٨] فسألهم أن يزكوه فلا يفعلوا حتى تطول

---

(١) نص «المدارك» : «.... فقال له ابن عبدوس: حضرت يومًا بحانوته، فرأيت بعض أهل التعريف يشتري من غلامه ....» .

(٢) في أ: بإمضاء .

(٣) «ترتيب المدارك» (٤/ ٣٩٦).

(٤) «ترتيب المدارك» (٤/ ٣٩٦).

(٥) سقط من أ .

(٦) من «ترتيب المدارك».

(٧) في أ: يصح .

(٨) سقط من ب.

مدته ويختبروا عدالته وأمانته.

وإذا عدّ الرجل رجلان وجرحه آخران ففيها روايتان:

إحداهما: أنه يحكم بأعدل البينتين.

والأخرى: أن الجرح أولى من التعديل.

❋ ❋ ❋

مدته، ويختبروا عدالته وأمانته، وإذا عدّل الرجل رجلان وجرحه آخران ففيها روايتان:

إحداهما: أنه يحكم بأعدل البينتين.

والأخرى: أن التجريح أولًا من التعديل).

قال فيها في «كتاب اللقطة»[1]: «وأما الغرباء إذا شهدوا فعدلهم غير معروفين [فعدل][2] المعدلين آخرون فإنه جائز».

ويسمى الشاهد غريبًا بحيث يزكى إذا كان بينه وبين من زكّاه مسيرة نصف يوم فأكثر، بهذا أفتى شيخنا أبو مهدي - رحمه الله تعالى - على ما بلغني من العدول القضاة، وبه أقول.

وسألت شيخنا - حفظه الله تعالى- عنها، فقال: ما كان على مسيرة يومين وثلاثة فلا يزكى زكاة الغرباء عملًا بما نَصَّ عليه ابن رشد في غيبة الغريب لعقد النكاح في غير المجبرة، فإن القاضي يكتب له في المسافة المذكورة، ولا يأمر غيره بالعقد بخلاف ما بعد عن ذلك.

وما ذكره بعيد لظهور الفارق، وهو أن عقد النكاح لا يفوت مع التربص وفي مسألتنا إذا عمل على المسافة التي ذكرها تضيع حقوق، والله أعلم.

وألحق بعض شيوخ عبد الحق النساء بالغرباء لقلة من يعرف أحوال الأجنبيات، وليس عليه العمل.

❋ ❋ ❋

---

(١) «المدونة» (٤/ ٤٦٤).

(٢) في ب: بعدل.

باب: الشهادة على الشاهد

فصل: في الشهادة على شهادة الشهود:

وتجوز الشهادة على الشهاد في الحدود والحقوق كلها، وذلك أن يشهد شاهدان على شهادة شاهدين يشهدان جميعًا على شهادة كل واحد من الشاهدين الأولين.

ولا يصح أن يشهد كل واحد منهما على شهادة واحد من الشاهدين الأولين،

باب: الشهادة على الشاهد

قوله: (في الشهادة على الشهادة:

قال: وتجوز الشهادة على الشهادة في الحدود والحقوق كلها، وذلك أن يشهد شاهدان على شهادة شاهدين يشهدان جميعًا على شهادة كل واحد من الشاهدين الأولين، ولا يصح أن يشهد كل واحد منهما على شهادة واحد من الشاهدين الأولين).

قال فيها[1]: «ولا بأس بالشهادة على الشهادة في الحدود والطلاق والولاء وفي كل شيء.

[فظاهره:][2] ولو في التعديل والتجريح وبه قال سحنون، ثم رجع وقال: لا تجوز فيهما، وبهذا قال مطرف وابن الماجشون.

ويريد الشيخ: إذا كان عذر من مرض أو سفر بمكان لا يلزم الأداء منه.

وأما النقل عن الحاضر فلا؛ لأن ذلك ريبة.

وهذا في غير المرأة، وأما المرأة فينقل عنها مع حضورها بالبلد؛ لأن عليها في حضورها مجلس القاضي مشقة لما ينالها من الكشف وهو خلاف ما أُمِرَت به من الستر والبعد عن الرجال.

ابن عبد السلام: وفيه عندي نظر ولو قيل في ذلك بالفرق بين من جرت عادتها بالخروج نهارًا ومن غيرها كما قيل في اليمين لكان له وجه، والله أعلم.

---

(١) «التهذيب» (٣/ ٥٨٦).

(٢) في ب: فظاهر .

والشهادة على الشهادة في الزنا جائزة، وذلك أن يشهد أربعة على شهادة كل واحد من شهود الأصل الأربعة.

فصل: في سقوط الشهادة على شهادة الشهود:

وإذا شهد شاهدان على شهادة شاهدين، ثم أنكر الشاهدان الأولان الشهادة أو نسياها أو رجعا عنها سقطت شهادة الشاهدين الآخرين، ولو سمع شاهدان شاهدين يخبران أن رجلا بعينه أقر عندهما بحق لغيره وأشهدهما على نفسه بذلك لم يجز لهما أن يشهدا على شهادة الشاهدين المخبرين إلا أن يكونا أشهداهما على شهادتهما.

ويريد أيضًا: إذا قال شاهد الأصل: اشهد على شهادتي أو عليّ بأن فلانًا أشهدني بكذا، وكذلك إذا رآه يؤديها على المشهور.

قوله: (والشهادة على الشهادة في الزنا جائزة وذلك [أن يشهد][1] أربعة على شهادة كل واحد من شهود الأصل الأربعة، وإذا شهد شاهدان على شهادة شاهدين ثم أنكر الشاهدان الأولان الشهادة أو نسياها أو رجعا عنها سقطت شهادة الشاهدين الأخيرين).

ما ذكره هو المشهور.

وروى مطرف: لابد من ستة عشر إذ لا يعدل كل واحد من شهود الزنا إلا أربعة.

وقال ابن الماجشون: إذا شهد أربعة على شهادة كل واحد جازت شهادتهم، فإن تفرقوا جاز اثنان على كل واحد حتى يصيروا ثمانية على الأربعة.

قوله: (وإذا عدل الرجل رجلان وجرحه آخران ففيها روايتان:

إحداهما: أنه يحكم بأعدل الشهادتين.

والأخرى: أن التجريح أولى من التعديل).

وفي المسألة قول [ثالث][2]: بتقديم بينة التعديل على بينة الجرح عكس الثاني،

---

(١)، (٢) سقط من ب.

❁ ❁ ❁

قاله مطرف، وابن وهب في «المبسوطة»، حكاه ابن رشد[1].

وقال اللخمي: أرى إن اختلفا في مجلس واحد قضي بالأعدل، وعن مجلسين إن تقاربا فالجرح وإن تباعدا قضي بالبينة الأخيرة منهما.

قال ابن رشد[2]: ومحل الخلاف إذا قال المعدلون: عدل، والمجرحون: مسخوط، ولو عَيَّنُوا جرحته قُدِّمَت اتفاقًا.

قال الشيخ أبو بكر الباقلاني:

محل الخلاف إنما هو إذا كان عدد المعدلين أكثر من عدد المجرحين وإلا فالإجماع حصل على تقدمة شهادة المجرحين.

ورده المازري: بنقل ابن شعبان القولين مطلقًا.

❁ ❁ ❁

---

(١) «البيان» (٩/ ٤٥٢) و(١٠/ ٥١).

(٢) «البيان» (٩/ ٤٥٢).

باب: في الرجوع عن الشهادة

فصل: في الرجوع عن الشهادة:

وإذا شهد الشاهدان بشهادة وحُكمَ بها ثم رجع عن شهادتهما وذكر أنهما غلطا، لم ينتقض الحكم المنعقد بشهادتهما وغرما ما أتلفاه على المشهود عليه بشهادتهما. وكذلك لو تعمدا الكذب.

وقال عبد الملك: لا شيء عليهما إذا غلطا، وعليهما الغرم إذا كذب، ولو رجع أحدهما عن شهادته غرم نصف ما شهد به عليه.

باب: في الرجوع عن الشهادة

قوله: (**في الرجوع عن الشهادة:**

قال: **وإذا شهد الشاهدان بشهادة وحكم بها ثم رجعا عن شهادتهما وذكر أنهما غلطا لم ينقض الحكم المنعقد بشهادتهما وغرما ما أتلفاه على المشهود عليه؛ شهادتهما وكذلك إن تعمدا الكذب.**

وقال عبد الملك: لا شيء عليهما إذا غلطا وعليهما الغرم إذا كذبا، ولو رجع أحدهما عن شهادتهما غرم نصف ما شهدا به).

بالقول الأول قال ابن القاسم ومطرف وأصبغ في «الواضحة»، وهو ظاهر قولها في «كتاب السرقة»[1]: «إن رجعا في عتق أو طلاق أو دين أو قصاص أو حد أو غير ذلك فإنهما يضمنان».

وما ذكره الشيخ هو النقل الصحيح.

وقال ابن المواز: أصحاب مالك فَرَّقُوا بين أن يعترفا أنهما شهدا بزور أم لا؟

فإن شهدا به غرِّما، وإن قالا: شبه علينا، لم يغرما.

وتبعه أبو محمد في «الرسالة»، وليس كذلك، بل ابن القاسم، ومن ذكر معه قالوا: يضمنان مطلقًا.

وظاهر قول الشيخ: أنهما لو رجعا قبل الحكم، فإنه لا ينفذ ما شهدا به باتفاق،

---

(١) «المدونة» (٤/ ٥٤٠)، و«التهذيب» (٤/ ٤٤٤).

فصل: في الرجوع عن الشهادة بالقتل:

ولو شهدا على رجل بالقتل فَقُتِل بشهادتهما ثم رجعا عن شهادتهما وأقر بالكذب أو الغلط غرما الدية ولو لم يلزمها القَوَد، وكانت على العاقلة، وفي العمد تؤخذ من مال القاتل.

وقال أشهب: يُقتص منهما إذا تعمدا، ويغرمان الدية إذا غلطا.

وهو كذلك خلافًا لأبي ثور.

قال فيها في «كتاب السرقة»: «ولو أدب لكان لذلك أهلًا».

وقال سحنون: لا يؤدب كالمرتد.

والعمل بالقول الأول عند شيخنا أبي مهدي رحمه الله تعالى.

وعلى الثاني عند شيخنا أبي يوسف يعقوب الزعبي - رحمه الله تعالى-، وعَمَلِي على الأَوَّل حتى لا يتلاعب بالقضاء .

قوله: (**ولو شهد رجلان على رجل بالقتل فقتل بشهادتهما ثم رجعا وأقرا بالكذب أو الغلط غرما الدية [وكانت على العاقلة تحملها، ولا][1] يلزمهما القود.**

وقال أشهب: يقتص منهما إذا تعمدا ويغرمان الدية إذا غلطا).

القول الأول هو قول ابن القاسم، وبه قال أبو حنيفة.

وبقول أشهب قال الشافعي، وهو اختيار حذاق البغداديين من أهل المذهب، والنفس إليه أميل كما قال ابن عبد السلام.

قال المازري: ولو علم الحاكم بكذبهما وحكم لم يباشر فالقولان يجريان هنا.

قال فيها في أواخر «الرجم»[2]: وإن أقر القاضي أنه رجم وقطع الأيدي أو جلد تعمدا للجور أقيد منه.

وهو ظاهر في أن القَوَد يلزم القاضي وإن لم يباشر، وعلى ذلك [حمله][3] بعض الشارحين.

---

(١) زيادة من ب.

(٢) «التهذيب» (٤/ ٤٢١).

(٣) في أ: حَطَّه .

فصل: في الرجوع عن الشهادة في الطلاق:

إذا شهدا على رجل أنه طلق امرأته، ثم رجعا عن شهادتهما فلا غُرم عليهما.

ولو شهدا على رجل أنه نكح امرأة ثم طلقها قبل الدخول بها وأغرمه الحاكم نصف الصداق، ثم رجعا عن شهادتهما غرما له نصف الصداق الذي غرمه.

قال ابن عبد السلام: وما أظنه يختلف في ذلك، والله أعلم.

ولو علم الولي بذلك وباشر القتل فإنه يقتص منه باتفاق خلافًا لأبي حنيفة.

قوله: (**وإذا شهدا على رجل أنه طلق امرأته ثم رجعا عن شهادتهما فلا غرم عليهما**).

يعني: بالدخول، وما ذكره متفق عليه.

وقال الشافعي: يغرمان نصف صداق المثل.

وسبب الخلاف: هل لا تُقَوَّم منافع البضع؛ لأنه ليس بمال أم لا؟

غير أن **الشافعي** يرى أن نصف الصداق بالعقد والنصف الثاني وجب بالبناء، وقد أتلفا على الزوج الاستمتاع وحصته من الصفقة النصف فيغرمان قيمة ما أتلفا.

قوله: (**وإذا شهدا على رجل أنه أعتق عبده ثم رجعا عن شهادتهما غرما له قيمته**).

يعني: لكونهما منعاه من الانتفاع به والولاء لسيده، والأمة كالعبد.

قوله: (**ولو شهدا على رجل أنه نكح امرأة وطلقها قبل الدخول بها [فأغرمه][١] الحاكم نصف الصداق، ثم رجعا عن شهادتهما غرما له نصف الصداق الذي غرمه**).

ما ذكره هو قول ابن القاسم.

وذهب **أشهب وعبد الملك وسحنون:** إلى أنهما لا يغرمان شيئًا، ورأوا أن نصف الصداق قبل البناء وجب للزوجة سواء طلقت أم لا، فلم يتلفا عليه بشهادتهما شيئًا.

وفيها في «كتاب السرقة»[٢]: «يغرمان نصف الصداق» وسكت عمن يستحق ذلك النصف.

---

(١) في أ: غرمه.

(٢) «التهذيب» (٤/ ٤٤٤).

ولو شهدا عليه في زوجة أنه دخل بها وطلقها بعد الدخول بها وهو مقر بالنكاح والطلاق منكر للدخول، ثم رجعا عن شهادتهما غرما له نصف الصداق الذي لزمه بشهادتهما.

فصل: في الرجوع عن الشهادة بالعتق:

ولو شهدا على رجل أنه أعتق عبده ثم رجعا عن شهادتهما غرما قيمته. ولو شهدا عليه أنه أعتق مكاتبه عتقًا ناجزًا ثم رجعا عن ذلك، غرما قيمة كتابته.

فمن المختصرين من يريد [للزوج][(١)] ويرى أنهما أتلفا عليه العصمة وألزماه الغرم إذ لم يجب للمرأة قبل ذلك شيء، وإنما وجب لها النصف بالطلاق وهذا الذي ذكر الشيخ.

وزاد البراذعي: للزوجة.

ورأى أن النصف كان واجبًا لها على الزوج والشاهدان هما الذان منعاها النصف الباقي فيغرمانه.

قوله: (ولو شهدا عليه في زوجة له أنه دخل بها وطلقها بعد الدخول بها وهو مقر بالنكاح والطلاق ومنكر للدخول، ثم رجعا عن شهادتهما غرما له نصف الصداق الذي لزمه بشهادتهما).

ما ذكره بَيِّن، ولو شهد اثنان بالطلاق وشهد اثنان أنه دخل بها فقضى لها بجميع الصداق، ثم رجع الأربعة عن شهادتهم فالأكثر على أنه لا غرامة على شاهدي الطلاق.

وقال ابن سحنون: وبعض الروايات على خلافه، فظاهره أنه يكون على جميعهم.

ولو رجعا شهيدا الدخول لكان عليهما نصف الصداق، ولو رجع أحدهما لكان عليه ربعه.

قوله: (ولو شهدا عليه أنه أعتق مكاتبه عتقًا ناجزًا ثم رجعا غرما له قيمة كتابته).

---

(١) في ب: بالزوج.

ولو شهدا عليه أنه أعتق أم ولده، ثم رجعا لم يلزمهما غرم. وإذا شهد شاهد واحد على رجل أنه أعتق فلم تقبل شهادته وحده، ثم اشتراه الشاهد من المشهود عليه لزمه عتقه لإقراره بحريته.

ما ذكر مثله ذكر ابن الحاجب(١).

ابن عبد السلام: انظر ما الفرق بينه وبين ما قبله.

وأيضًا فالذي قاله ابن سحنون: إن شهدا للمكاتب أن سيده قبض منه كتابته أو عتقه، أو شهدا أنه أسقط عنه كتابته وخرج حرًّا وقضى بذلك ثم رجعا فليغرما للسيد ما أتلفا عليه مما كان على المكاتب كان ذلك عينًا أو عرضًا.

قال في «كتاب ابن المواز»: يؤديانه على النجوم، و [كذلك](٢) قاله عبد الملك.

قوله: (ولو شهدا عليه أنه أعتق أم ولده ثم رجعا لم يلزمهما غرم).

ما ذكره هو قول أشهب وعبد الملك وابن المواز قياسًا على ما إذا شهدا عليه بطلاق زوجته المدخول بها ورجعا بجامع أنهما إنما أتلفا عليه الاستمتاع وحده.

وقال ابن القاسم: عليهما قيمتها والفرق أن أم الولد بقي له فيها أرش الجناية وانتزاع المال ولا شيء له من ذلك في الزوجة.

قوله: (ولو شهد شاهد واحد على رجل أنه أعتق عبده فلم تقبل شهادته وحده ثم اشتراه الشاهد من المشهود عليه لزمه عتقه لإقراره بحريته).

لا مفهوم لقوله: «**اشتراه**» بل إذا ملكه بأي وجه كان كالهبة.

كما أنه لا خصوصية لرد شهادته لكونه وحده بل وكذلك إذا ردت تجزئه وشبهها.

وظاهره: سواء أقام على قوله الأول، وقال: كنت كاذبًا، وهو كذلك.

وقال أشهب: إذا قال: كنت كاذبًا فإنه لا يعتق عليه، وكلاهما فيها(٣) في أواخر «العتق الثاني».

ويتحصل في المسألة خمسة أقوال:

هذان قولان، وبالثاني قال ابن الماجشون.

---

(١) «جامع الأمهات» (ص٤٨١).

(٢) زيادة من ب.

(٣) «التهذيب» (٢/ ٥٣١).

....

❁ ❁ ❁

وقيل: لا يعتق عليه وإن تمادى على قوله، قاله ابن الماجشون في نقل ابن شاس.

وقيل: إن ردت شهادته بجرحة لم يعتق عليه، وإذا كان لكونه وحده عتق عليه، قاله المغيرة.

وقيل: إن ردت شهادته بعداوة أو شبه ذلك لم يعتق عليه، قاله اللخمي.

وإلى قول المغيرة أشار المازري كون حكم الحاكم يحل الحرام كقول أبي حنيفة فيما هو من أحكام الفروج حسبما هو مذكور في محله.

وزعم ابن عبد السلام: أنه إذا لم يكذب نفسه فإنه يعتق عليه بلا خلاف.

❁ ❁ ❁

باب: القضاء في الوكالة

فصل: فيما تجوز الوكالة وفي ضمان الوكيل:

والوكالة جائزة على البيع والابتياع، والخصومة والقضاء، والاقتضاء وغير ذلك. والوكيل مؤتمن لا يضمن إلاّ أن يتعدّى، ويصدق في رد السلعة أو ثمنها إلى

باب: القضاء في الوكالة

قال ابن الحاجب[(١)]: الوكالة نيابة فيما لا تتعين فيه المباشرة.

واعترضه ابن هارون: بأن كلامه غير مانع؛ لأنه يقتضي نيابة في المعاصي كالسرقة والغصب وقتل العدوان.

وأجابه بعض شيوخنا[(٢)]: بمنع [صادقية][(٣)] النيابة على ذلك.

قوله: (والوكالة جائزة في البيع والابتياع والخصومة، والقضاء والاقتضاء وغيره).

قال المازري: الإجماع على جوازها.

ويريد: من حيث الجملة ويعرض لها سائر الأحكام بحسب تعلقها كقضاء دين تعين لا يتوصل إليه إلا بها، والصدقة، والبيع المكروه والحرام، ونحو ذلك.

قوله: (والوكيل مؤتمن لا يضمن إلا أن يتعدى).

يعني: كما إذا باع بالعرض ما يباع بالعين فإنه متعد، وذكره الشيخ بعد، وهو نصها.

ويريد: يضمن إلا أن يجيز الأمر فعله لنص «سلمها الثاني» بذلك.

قوله: (ويصدق في رد السلعة أو ثمنها إلى الأمر).

ما ذكر من كونه يصدق في دفع الثمن هو نصها، والمراد: مع يمينه لسماع ابن القاسم ذلك.

---

(١) «جامع الأمهات» (ص/ ٣٩٧).

(٢) «مختصر ابن عرفة» (١٠/ ٢٦٥).

(٣) في أ: صادقيته، والمثبت من ب، و«مختصر ابن عرفة» (١٠/ ٢٦٥).

الآمر، ولو باع الوكيل ولم يشهد على المشتري فجحده، فإنه ضامن لتغريره.

وعزا ابن رشد اليمين لها كالسماع.

وظاهرها: وإن أنكر الوكيل بالقرب، وهو كذلك على المشهور.

قوله: (ولو باع الوكيل ولم يشهد على المشتري فجحده فإنه ضامن لتعديه).

يحتمل قوله: «فجحده» السلعة ويحتمل اليمين، وهو كذلك.

ومثله اختصر البراذعي قولها وفيه بترٌ؛ لأنه صَرَّحَ في «الأم» [بأنه][1] جحده الثمن ونصها[2]: «ومن باع سلعة وكل على بيعها فجحده مبتاعها ثمنها ضمنه؛ لأنه أتلفه بترك الإشهاد على مبتاعها».

قال ابن يونس[3]: وقولها يرجح قول ابن الماجشون وغيره: أنه يضمن الثمن لا قيمة السلعة.

وقال أبو محمد[4]: يضمن قيمتها، واختاره بعض شيوخنا القرويين.

وقال بعض أصحابنا: يضمن الأقل منها.

قلت: قال عياض[5]: وأجاب أبو محمد عن ظاهرها بقوله:

ومعنى ذكره الثمن هنا القيمة؛ لأنه قد يعبر عنه بها، وهو قول سحنون.

قلت: وظاهر «الكتاب»: وإن كانت العادة عدم الإشهاد [كما][6] في بعض المبيعات ليسارتها، وهو كذلك عند أبي العباس عبد الله الإبياني وأبي محمد ابن التبان.

وقال أبو محمد[7] و أبو بكر بن عبد الرحمن: لا ضمان.

---

(١) سقط من ب.

(٢) «المدونة» (٣/ ٦٥٧)، و«التهذيب» (٣/ ٦١٤).

(٣) «الجامع» (٩/ ١١٣).

(٤) «النوادر» (٧/ ٢٥٩).

(٥) «التنبيهات» (٣/ ١٣٠٢).

(٦) في ب: لما.

(٧) «النوادر» (٧/ ٢٦١).

وإذا وكلت المرأة زوجها في حق لها من بيع أو شراء، ثم ادعت أنه لم يعطها شيئًا فإنه ليس عليه إلاّ يمينه ويبرأ.

وكذلك القوم يوكلون الوكلاء بالبلدان يقبضون لهم الأموال، وإذا وكله لقبض ماله، فزعم الوكيل أنه قد أخذه، وليس للذي عليه الدّين بينة بالدفع والوكيل مقر له، ولم يدفع إلى صاحب الحق شيئًا فليس ينفع إقرار الوكيل إلاّ ببينة عليه وإلاّ غرم الغريم الحق.

وهو اختيار اللخمي، وبه أقول.

قوله: (وإذا وكلت المرأة زوجها في حق لها أو بيع أو شراء ثم ادعت أنه لم يعطها شيئًا فليس عليه إلا يمينه ويبرأ، وكذلك القوم يوكلون الوكلاء بالمدائن يقتضون لهم الأموال).

ظاهره: لو ولي بيعًا أو شراء أو تقاضى دينًا لها، ولم توكله على ذلك فإنه لا يقبل منه أنها وكلته، وهو كذلك على ظاهر سماع عبد الملك في «كتاب الدعوى» .

وقيل: ليس عليه إلا اليمين خاصة.

وهو ظاهر سماع ابن القاسم في «كتاب المديان» على هذا مشى ابن رشد وصواب عندي أنه خلاف في حال، فإن كانت العادة في البلد أن زوج المرأة وكيل لها فالثاني وإلا فالأول لقول «ضحاياها»[(١)]: «ومن ذبح أضحيتك بغير أمرك فأما ولدك أو بعض عيالك ممن فعله ليكفيك مؤنتها فذلك مجزئ عنك، وأما على غير ذلك فلا يجزئك».

قوله: (وإذا وكله بقبض ماله فزعم الوكيل أنه قد أخذه وليس للذي عليه الدين بينة بالدفع والوكيل مقر ولم يدفع إلى صاحب الحق شيئًا فليس ينفع إقرار الوكيل إلا ببينة وإلا غرم الغريم الحق).

يعني: وادعاء الوكيل ضياعه.

وما ذكره هو قولها في «كتاب الوديعة»، قال فيها[(٢)]: «بخلاف من دفعت إليه مالًا

---

(١) «التهذيب»(٢/ ٤٢).

(٢) «التهذيب»(٤/ ٣٠٠).

ومن باع متاعًا ووكل على قبض ثمنه رجلاً، فزعم الوكيل أنه قد قبضه ودفعه إلى صاحب الحق فعلى الذي عليه الحق البينة يدفعه إلى الوكيل، وليس على الوكيل إلاّ اليمين بالله لقد دفع، ولا يخاصم في الغائب قريبه إلاّ بوكالة أو أمر يعرف.

ليدفعه إلى رجل فقال: دفعته إليه ببينة، وَصَدَّقَه الرَّجُل، هذا لا يضمن؛ لأن الأُولى دفع من ذمة إلى أمانة، والثانية من أمانة لأمانة».

وفي «كتاب ابن المواز» في الثانية: [يصدق][(١)] الوكيل في تلفها.

قوله: (ومن باع متاعًا ووكل بقبض ثمنه رجلًا، فزعم أنه قد قبضه ودفعه إلى صاحب الحق فعلى الذي عليه الدين البينة بدفعه إلى الوكيل وليس على الوكيل إلا اليمين بالله لقد دفع).

هذه [هي][(٢)] التي قبلها في المعنى، وفي التصوير مسألة أخرى .

الأولى: ادعاء الضياع على ما فسرناه.

والثانية:ادعاء الوكيل دفعه إلى صاحب الحق.

قوله: (ولا يخاصم عن الغائب قريبه إلا بوكالة أو أمر يعرف).

لا فائدة لقوله: «**وأمر يعرف**» وليس المراد إلا ما ذكر أولًا، وظاهره وإن كان قريب القرابة، وهو كذلك.

وقال مطرف في الولد والوالد: إنهما يمكنان من ذلك إذا كان المدَّعَى قبل ذلك جاحدًا، وكانت غيبة الغائب منهما قريبة، وإن كانت بعيدة لم يكن لهما ذلك.

وظاهر كلام الشيخ: وإن كانت الدعوى في شيء بعينه مثل العبد والدابة والثوب يدعيه الرجل في يد الرجل لابنه أو غيره، وهو كذلك.

وقال مطرف: يقوم في ذلك ولو كان تجارة على وجه الحسبة؛ لأن هذه الأشياء تفوت وتحول وتغيب.

---

(١) في أ: يقصد .

(٢) سقط من ب .

فصل: في تصرف الوكيل بعد موت الموكل:

وإذا اشترى الوكيل بعد موت الآمر، ولم يعلم بموته، لزم الشراء ورثته، وإن لم يكن قبض الثمن لزم الثمن تركته.

قوله: (وإذا اشترى الوكيل بعد موت الآمر ولم يعلم بموته لزم الشراء ورثته، وإن لم يكن قبض الثمن لزم الثمن تركته).

ما ذكر مثله فيها في أول «كتاب الوكالات»[1].

وما ذكر فيما إذا علم:

قال ابن المواز: ليس بين أصحاب مالك فيه اختلاف.

قال ابن رشد[2]: وهو غير صحيح.

وظاهر كلامه الشيخ: كظاهرها سواء كان الوكيل مفوضًا إليه أم لا؟ فإنه يعزل بموته، وهو كذلك، وأحد الأقوال الثلاثة:

وقال مطرف: لا ينعزل بموت الموكل.

نقله اللخمي وابن يونس[3]، فظاهره: وإن كان غير مفوض [إليه][4].

وقيل: عن مطرف بزيادة: إذا كان مفوضًا إليه، حكاه ابن حارث.

وما ذكره فيما إذا لم يعلم هو أحد القولين.

وقيل: هو معزول ولا يلزم الورثة ما اشترى أو باع.

قال ابن رشد[5]: وأما القاضي فلا يعزل بموت الخليفة الذي قدمه فانظر الفرق بينهما.

قلت: وفرق بثلاث فروق:

---

(١) «التهذيب»(٣/ ٢١٣).

(٢) «البيان»(٨/ ١٤٩).

(٣) «الجامع» (٩/ ١١٥).

(٤) زيادة من ب.

(٥) «المقدمات» (٣/ ٥٤).

وإذا اشترى بعد علمه بموته لم يلزم الورثة وعليه غرم الثمن، وكذلك ما باع بهذا المعنى.

فصل: في خلع الوكيل:

ومن وكل وكيلاً وفوض إليه في البيع والشراء واقتضاء الديون وأشهد له بذلك، ثم خلعه وأشهد على خلعه، ولم يعلم بذلك غرماؤه، فلا يبرأ غريم بما دفع إليه بعد خلعه، كان ذلك من ثمن شيء باعه الوكيل أو من غير ذلك، وقد قيل: إن لم يعلم الوكيل والغريم بالخلع، فالغريم بريء، فإن علم بذلك أحدهما والآخر عالم أو غير عالم لم يبرأ الغريم.

أحدها: أن السلطان إنما قدمه نائبًا عن المسلمين في حقهم لا عن نفسه في حقه. قاله ابن عبد السلام، وعزاه بعض شيوخنا[1] لنفسه كالاثنين، وهو قصور منه.

وهذا الفرق عندي ضعيف؛ لأنه يلزم عليه أن مقدم القاضي لا ينعزل بموت القاضي اتفاقًا؛ لأنه لم يقدمه في حق نفسه، وليس كذلك؛ لأن ابن العطار حكى في عزله اختلافًا.

الثاني: عظم المفسدة بعزله بموته لعموم متعلق نيابته في أمور المسلمين.

الثالث: ولاية القاضي في تغيير منكر؛ لأنها في درء ظلم الظالم عن المظلوم، وقاله عز الدين بن عبد السلام.

قوله: (**ومن وكل وكيلًا وفوض إليه في البيع والشراء واقتضاء الديون، وأشهد له بذلك ثم خلعه وأشهد على خلعه ولم يعلم بذلك غرماؤه فلا يبرأ غريم بما دفع إليه بعد خلعه كان ذلك من ثمن شيء باعه الوكيل أو من غير ذلك.**

وقد قيل: إن لم يعلم الوكيل أو الغريم بالجحد فالغريم بريء، وإن علم بذلك أحدهما والآخر عالم أو غير عالم لم يبرأ الغريم)[2].

المقالتان كلاهما فيها في أواخر «كتاب الشركة » وَعُبِّرَ عن القول الثاني بـ:«قال

---

(١) انظر: «مختصر ابن عرفة» (١٠/ ٣٣٠) .

(٢) «المدونة» (٣/ ٦٢٦).

فصل: في الوكيل المفوض والوكيل المخصوص:

وإذا حطّ الوكيل المفوض إليه أو أخر نظرًا أو استيلافًا جاز، إلاّ أن يكون وكيلاً مخصوصًا فلا يجوز ما أحط أو أخر، بخلاف المفوض إليه.

فصل: في الوكيل والموكل يبيعان شيئًا واحدًا ببيعين مختلفين:

وإذا باع الآمر وباع الوكيل، فأول البيعين أحق إلاّ أن يقبض الثاني السلعة

غيره» فظاهره: أنه خلاف قول ابن القاسم، وهو صريح في «كتاب ابن المواز»: أن ابن القاسم لم يشترط في عزل الموكل للوكيل بلوغ العلم بالعزلة.

وشرط ذلك في مسألة الموت.

قال عياض(١): وإلى المعارضة ذهب سحنون وأبو عمران، وتأول بعضهم أنه يفرق بين العزل والموت، وإلى التسوية ذهب التونسي وابن محرز، وتأولا مسألة الشركة أن العزل هناك مشهور فلم يصدق على أنه لم يعلم، وسبب الخلاف في هذا مبني على الخلاف في مسألة من أصول الفقه، وهو: الخطاب إذا ورد متى يستقر الحكم هل بنفس وروده أو بالبلاغ؟

قوله: (**وإذا حط الوكيل المفوض إليه أو أخر نظرًا أو استيلاء فأجاز ذلك إلا أن يكون وكيلًا مخصوصًا فلا يجوز ما حط أو أخر بخلاف المفوض**).

الاستثناء منفصل.

وما ذكر مثله فيها.

ويقوم منها: أن الوكيل المفوض إليه يوكل غيره.

وفيه يقول ابن رشد(٢): لا أحفظ في جواز توكيله غيره نصًّا لأحد من المتقدمين.

واختلف فيه الشيوخ المتأخرون، والأظهر له أن يوكل لأن الموكل أنزله منزلته.

قلت: والعمل عندنا بالقيروان: أنه لا يوكل إلا أن ينص له عليه.

قوله: (**وإذا باع الآمر وباع الوكيل فأول البيعين أحق إلا أن يقبض الثاني السلعة**

---

(١) «التنبيهات »(٣/ ١٢٩٩).

(٢) «البيان» (٨/ ١٩٤).

فهو أحق بها كإنكاح الوليين.

فصل: في تعدي الوكيل:

وإذا باع الوكيل بالدين فقد تعدى، كالمقارض، وكذلك لو أخذ بالثمن رهنًا فهو متعد، وكذلك إن باع بالعرض ما يباع بالعين.

فهو أحق بها كإنكاح الوليين).

ما ذكر مثله فيها [١]، وهو المشهور، وأحد الأقوال الثلاثة.

وقال محمد بن عبد الحكم: الأول أحق به في البيع والنكاح مطلقًا.

وقال المغيرة: مثله في البيع بخلاف النكاح، وبه أقول للاتفاق على: أن من باع سلعة من رجل ثم باعها من آخر فإن الأول أحق بها وإن قبض الثاني.

وما ذكرنا، من الاتفاق حكاه المتيطي.

وأما في النكاح فبقضاء عمر بمحضر الصحابة ولم ينكروا، وقيد قولها بما إذا لم يعلم الثاني بعقد الأول، أما إذا علمه ثم عقد فهو للأول مطلقًا.

قال ابن دحون: والكراء بخلاف البيع هو الأول مطلقًا؛ لأنه لا يدخل بالقبض في ضمان قابضه، وقبله المتيطي.

قوله: (**وإذا باع الوكيل بدين فقد تعدى كالمقارض**).

ما ذكر هو لازم قولها[٢]: لم يجز أن يبيعها بدين، ويريد إلا أن يكون عرف جرى بذلك فلا يكون متعديًا.

قوله: (**وكذلك لو أخذ بالثمن رهنًا فهو متعدٍ، وكذلك إن باع بالعرض ما يباع بالعين**).

يريد: إذا هلك الرهن قبل علمك به ورضاك.

وأما بالنسبة إلى جوازه ابتداء فهو جائز.

قال فيها[٣]: ومن أَمَرْتَهَ يسلم لك في طعام [ففعل][٤] وأخذ رهنًا أو حميلًا بغير

---

(١) «المدونة» (٣/ ٩٩).

(٢) «التهذيب» (٣/ ٢١٤).

(٣) «التهذيب» (٣/ ٢١٣).

(٤) زيادة من ب.

وإن باع الوكيل أو ابتاع بما لا يشبه الثمن أو بما لا يتغابن الناس بمثله لم يلزمه الموكل.

أمرك جاز؛ لأنه زيادة توثق، فإن هلك الرهن قبل علمك به ورضاك فهو من الوكيل، وإن هلك بعد علمك ورضاك به فهو منك.

وقصد بقوله: (**لأنه زيادة توثق**) إلى أنه جواب عن سؤال مقدر، وهو أن لفظ «الوكالة» لا يقتضيه فيتبادر للذهن أنه متعد، [وأجاب][(١)] بما ذكره وهو أنه من المصلحة.

ومعنى ذلك: إذا لم يحط من سلم الناس لأجل الرهن: والحميل فإن حط من أجلهما شيئًا كان الآمر بالخيار في إجازة البيع أو رده لتصريح اللخمي بذلك ولم يعزه بل ذكره كأنه المذهب.

وما ذكر من قوله: «**فإن هلك**» إلى آخره يناقض ما قبله، واللازم على [جواز ذلك][(٢)] أن يكون الضمان من الآمر مطلقًا، وأراد بقوله: «**ورضاك**»، أي: نطقًا.

قال اللخمي: وأما إذا سكت ثم قال: لم أرض فإن لم يطل حلف أنه لم يرض به ولم يضمنه، وإن طال كان الضمان منه.

قوله: (وإن باع أو ابتاع بما لا يشبه من الثمن أو بما لا يتغابن الناس بمثله لم يلزم الموكل).

قصد بقوله: «**ما لا يشبه من الثمن**» كبيعه الأمة ذات الثمن الكثير بخمسة دنانير وبقوله ما لا يتغابن بمثله كما إذا باعها بتسعة وهي تسوى عشرة، فأراد بقوله: «وبما لا يتغابن» مسألة أخرى، ولذلك أتى فيها بـ«أو» في قولها[(٣)]: «وإن باع الوكيل أو ابتاع بما لا يشبه من الثمن أو بما لا يتغابن الناس بمثله لم يلزمك كبيعة الأمة ذات الثمن الكثير بخمسة دنانير ونحوها»، ويريد ذلك كله ما لم [يفت][(٤)] فيلزم الوكيل القيمة.

---

(١) في أ: فأجاب .

(٢) في ب: جوازه لك .

(٣) «التهذيب» (٣/ ٢١٥).

(٤) في أ: يف .

وإذا وكله على شراء جارية أو ثوب، ولم يصف له ذلك، فإن اشترى ما لا يشبه أن يبتاع لمثله لم يلزمه إلاّ أن يشاء، ويلزم ذلك الوكيل.

وإن باع بها يشبه جاز بيعه.

قلت: وإنما [لم][1] يلزمك؛ لأن الوكيل مأمور بأن [يجرك][2] على عرف الناس وعلى ذلك وكله، فإذا [خالف][3] ملك، وأما من [باشر][4] البيع أو اشترى لنفسه بغبن فلا قيام له به على المشهور وبه العمل.

ابن محرز: واختلف ما الذي [يفيتها][5]؟

فقيل: لا [يفيتها][6] إلا ذهاب عينها.

وقيل: بل حوالة الأسواق.

قوله: (**وإذا وكله شراء جارية أو ثوب ولم يصف له ذلك فإن اشترى ما يشبه [الأمر لزمه]**[7].

وإن اشترى ما لا يشبه أن يبتاع لمثله لم يلزمه إلا أن يشاء ويلزم ذلك الوكيل).

ما ذكر مثله فيها في «كتاب السلم» الثاني[8].

وقال أشهب خارجها: لا خيار له فاعتبر ابن القاسم المقصد وأشهب اللفظ، وعورض قولاهما بقولهما: فيما إذا حلف لا آكل لحمًا أو بيضًا أو رؤوسًا فقال ابن القاسم فيها[9]: يحنث بلحم الحيتان وبيضها ورؤوسها فاعتبر [اللفظ] [10].

---

(١) سقط من ب.

(٢) في ب: يجر .

(٣) في أ: خاف .

(٤) في أ: بالثمن .

(٥) في أ: يفتها .

(٦) في أ: يفتها .

(٧) في أ: الآمر لزما .

(٨) «التهذيب» (٣/ ٨٦).

(٩) «المدونة» (١/ ٦٠١)، و«التهذيب» (٢/ ١١٤).

(١٠) في أ: باللفظ .

وإن وكله على شراء سلعة بعشرة فابتاعها بخمسة، فإن كانت على الصفة لزمته وإلاّ فلا، وإن ابتاعها بعشرين فهو مخير في أخذها أو ردها ولو زاد يسيرًا مما يزاد في مثل الثمن لزمته الزيادة.

وقال أشهب خارجها: لا يحنث اعتبارًا بالمقصد فكل منهما ناقض أصله.

وأجيب: بأنه لا يلزم من اطراد العرف في وجه أو في مسألة اطراده في مثل ذلك لجواز جريان العرف في أحدهما دون الآخر والقياس لا يجري في المسائل العرفية إلى غير ذلك من الأجوبة.

قوله: (**وإن وكل من يشتري سلعة بعشرة فابتاعها بخمسة فإن كانت على الصفة لزمته وإلا فلا**).

ما ذكر مثله فيها.

وفي «كتاب السلم الثاني»: وإنما يلزمه إذا كان على الصفة؛ لأن غرضه حصل إذ مقصده يشتريها بعشرة فأقل.

قال ابن بشير في «كتاب السلم»: هذا هو المنصوص.

يعني: ويتخرج فيه [قولان][(١)] له متكلمًا من الخلاف فيما إذا كانت المخالفة في الزيادة كما إذا قال: بع بعشرة، فباع باثني عشر، ففي تعديه قولان بناء على شرط ما لا يفيد هل يوافي له أم لا؟

قوله: (**وإن ابتاعها بعشرين فهو مخير في أخذها بعشرين أو ردها، ولو زاد يسيرًا مما يزاد في مثل الثمن لزمته الزيادة**).

في كلامه بترٌ لعدم حصر اليسير وحصره فيها بقولها كالدينارين [والثلاثة في المائة وكالدينار والدينارين][(٢)] في الأربعين.

وظاهر كلام الشيخ كظاهرها: أنه لو نقص اليسير فيما أمره أن يبيع فإنه لا يلزم الآمر، وهو كذلك؛ لأن الشراء لا يتأتى غالبًا بما يحده الآمر، وفي البيع يتأتى بما حد له وإلا رد لموكله ما وكله عليه.

---

(١) في ب: قول أن .

(٢) سقط من ب.

وإن وكل على شراء شيء بعينه، ولم يدفع إليه ثمنًا أو اشترى بما أمره، ولم ينقد، ثم أخذ الثمن منه لينقده فضاع، فعليه غرمه ثانية.

وكذلك لو ضاع مرارًا حتى يصل إلى البائع، ولو كان الموكل دفع إلى الوكيل الثمن قبل الشراء فضاع بعد الشراء لم يلزمه غرمه؛ لأنه مال بعينه ذهب، ويلزم الوكيل الثمن، والسلعة له.

وقيل: يلزمه كالشراء؛ إذ لا فرق عند هذا القائل بين البيع والشراء.

وقال ابن العطار: إن أمره بشراء عبد معين وسمى له ثمنًا هذا لا يزيد له على الثمن شيئًا وإن لم يسم الثمن أو العبد فهذا يزيد على ما يتغابن الناس به.

وعزاه ابن محرز لبعض المذاكرين قال: ولا معنى له، والصواب: لا فرق بين [المعين][(١)] وغيره ولا بين البيع وغيره.

فتحصل ثلاثة أقوال، ثالثها: إن كانت السلعة معينة لا يزيد.

وذكر ابن بشير في «كتاب السلم الثاني» أربعة أقوال، فذكر الثلاثة، قال: ورابعها: عكسه، وهذا ما لم ينبه عن الزيادة.

قوله: (**وإن وكله بشراء شيءٍ ولم يدفع إليه ثمنًا، فاشترى بما أمره ولم ينقد ثم أخذ الثمن منه لينقده فضاع منه فعليه غرمه ثانية، وكذلك إن ضاع ثانية ومرارًا حتى يصل إلى البائع ولو كان الموكل دفع إلى الوكيل الثمن قبل الشراء فضاع بعد الشراء لم يلزمه غرمه لأنه مال بعينه ذهب، ويلزم الوكيل الثمن والسلعة له**).

ما ذكر من الفرق بين أن يدفع الثمن أم لا هو نصها، وقصد بتعليله فيها [ما][(٢)] ذكر الشيخ إلى أنه جواب عن سؤال مقدر وهو: إن قدرنا بقاء [الوكالة][(٣)] لزم الجبر مطلقًا وإلا [لزم][(٤)] التخيير مطلقًا، فأجاب بما ذكر.

---

(١) في ب: الغبن.

(٢) في أ: كما.

(٣) في ب: الوكيل.

(٤) في ب: جبر.

فصل: فيما يجوز وما يكره من الوكلاء:

ولا بأس أن يوكل عبدًا محجورًا عليه أو مأذونًا له.

قال ابن يونس: يريد أن الأول اشترى على ذمتك فالثمن في ذمتك حتى يصل إلى البائع.

والثاني: إنما اشترى على مال بعينه فإذا ذهب لم يلزمك غرمه وما دل عليه قولها هو المشهور.

وقيل: لا يغرم مطلقًا. قاله بعض المدنيين في القراض.

وقيل: بعكسه يغرم مطلقًا. قاله المغيرة.

قوله: (ولا بأس أن [يوكل][(١)] عبدًا محجورًا عليه أو مأذونًا له).

العبد وإن كان محجورًا عليه إنما هو لحق سيده وإلا فقد يكون في ذاته رشيدًا فلا يقوم منها وكالة المحجور الحر كالصغير لأن حجره ذاتي وهو نص اللخمي، لا يجوز توكيله لأنه تضييع للمال وعليه العمل.

وفي **«نوازل ابن الحاج»**: من وَكَّلَ على قبض دين له صبيًّا قبل بلوغه فقبضه براءة للغريم لأن رب الحق رضي به وأنزله منزلته.

ففهم منه بعض شيوخنا[(٢)] جوازه وكذلك من قولها في «كتاب المديان»[(٣)]: ولو دفع أجنبي إلى محجور عليه من [يتيم][(٤)] أو عبد [مالاً][(٥)] يتجر به فما [لحقهما][(٦)] من دين فيه كان ذلك في المال خاصة إلا أن يقال: إنما تكلم عليه بعد الوقوع والأول أظهر وهو الأكثر من أخذ الأشياخ الأحكام من [فروضات][(٧)] «المدونة».

---

(١) في أ: يكون.

(٢) «مختصر ابن عرفة» (١٠/ ٣٠٧).

(٣) «التهذيب »(٣/ ٦٣٢).

(٤) في أ: قيم.

(٥) في ب: بما لا.

(٦) في ب: لحقها.

(٧) في ب: مفروضات.

ويكره أن يوكل نصرانيًّا على بيع أو ابتياع أو يبضع معه، وكذلك لو كان عبدًا له.

❁ ❁ ❁

وأما توكيل المحجور غيره فالمذهب منعه لسماع يحيى توكيل بكر لمن يخاصم [عليها](١) ليس لها وإنما هو لوصيها أو من يوكله السلطان، والعمل اليوم على خلاف ذلك وبه كنت أحكم تبعًا لعمل أصحابنا بذلك.

قوله: (ويكره أن يوكل نصرانيًّا على بيع أو ابتياع أو يبضع معه وكذلك لو كان له عبدًا نصرانيًّا).

أراد بـ«الكراهة» التحريم؛ لقول «سلمها الثاني»(٢): ولا يجوز لمسلم أن يستأجر نصرانيًا [إلا](٣) إلى الخدمة، وأما [لبيع](٤) أو شراء أو تقاض أو ليبضع معه فلا يجوز، وكذلك عبده النصراني.

فإذا عرفت هذا، **فقال ابن الحاجب**(٥): وفيها «لا يوكل الذمي على مسلم أو بيع أو شراء أو يبضع معه»، وكرهه ولو كان عبدًا.

واعترض من وجهين:

أحدهما: أنه ليس فيها توكيل الذمي على المسلم، وإنما فيها ما ذكره بعد الثاني ليس فيها لفظ الكراهة وإنما فيها «لا يجوز» وظاهره الحرمة.

وقال خليل(٦): ما نقله من الكراهة المراد به التحريم؛ لقوله: «ولا يجوز»، ومعناها كما نقل إذ لم يلتزم نقل لفظ «المدونة».

❁ ❁ ❁

---

(١) في أ: عنها .

(٢) التهذيب (٣/ ٤٧).

(٣) سقط من ب.

(٤) في أ: بيع .

(٥) جامع الأمهات (ص/ ٣٩٨).

(٦) التوضيح (٤/ ٦٣٠).

باب: القضاء في المداينات والتفليس

فصل في حكم السلعة يجدها بائعها قبل قبض ثمنها عند مشتريها الذي أفلس:

ومن كان عليه دين إلى أجل فمات أو أفلس فقد حَلّ دينه.

باب: في التفليس والمداينات

قوله :(قال: ومن كان عليه دين إلى أجل فمات أو أفلس فقد حل دينه كائنًا ما كان الدين).

ما ذكره هو قولها(١).

وقيل: بعدم حلوله في الموت، وأجرى على هذا في الفلس. قاله أبو القاسم السيوري، واستقرأه من «قراضها»(٢) : أن العامل إذا مات بقي المال [بيد](٣) ورثته يعملون فيه إن كانوا أمناء أو أتوا بأمين.

وقَبِلَه ابن عبد السلام.

ورده بعض شيوخنا(٤): بأن مال القراض ليس دينًا على العامل إجماعًا إنما هو أجير فيه، ووجه عمل [وارثة](٥) فيه مذكور في «القراض».

وقيل: القياس إن أتى المفلس بحميل إن تبقى ما عليه لأجله كان تعجيله إنما هو خوف ألَّا يكون له عند الأجل شيء، قاله اللخمي.

وقيل: يحل إن لم يكن عرضًا وهو قول سحنون لا يحاص ذو الدَّين المؤجل بقيمته حالًا بل على أن يقبض لأجله، وأبعده ابن رشد، فتحصل في الموت قولان، وفي الفلس أربعة.

---

(١) «التهذيب»(٣/ ٦٣٧).

(٢) «التهذيب»(٣/ ٦٢٩).

(٣) زياده من ب.

(٤) «مختصر ابن عرفة» (١٠/ ٧) .

(٥) في أ: ورثته .

ومن باع من رجل سلعة، ثم أفلس مشتريها قبل أن يقب البائع ثمنها فوجدها البائع عنده فهو بالخيار إن شاء أخذها بالثمن الذي باعها به وإن شاء تركها. وحاصَّ غرماءه بثمنها. وإن وجدها ناقصة في سوقها أو بدنها فله أخذها ولا يحط عنه شيء لنقصها.

ولا يقال: قول السيوري في الفلس هو قول اللخمي؛ لأن السيوري على ما استقرأ إذا كان الوارث أمينًا لا يحتاج إلى حميل، وعند اللخمي أنه لا بد منه.

قوله: (ومن باع من رجل سلعة ثم أفلس مشتريها قبل أن يقبض البائع ثمنها فوجدها البائع عنده فهو بالخيار إن شاء أخذها بالثمن الذي باعها به وإن شاء تركها وحاص غرماءه بثمنها).

لا مفهوم لقوله: «**سلعة**»، والمراد له الرجوع في غير ماله سواء كان سلعة أو حليًّا أو دنانير أو دراهم أو غير ذلك.

ويأتي من كلامه ما يدل عليه، وهو قوله: «ومن ابتاع من رجل دنانير».

ويريد الشيخ: ما لم يرض الغرماء بدفع ثمن سلعته له فإنه لا كلام له. قاله فيها.

وقال أشهب: ليس لهم أخذها بالثمن حتى يزيدوا على الثمن [زيادة][1] يحطونها من دينهم عن المفلس، وتكون السلعة لهم نماؤها وعليهم [تواؤها][2]. حكاه المازري.

وعلى الأول فهل يشترط أن يكون دفعهم من مال المفلس، قاله ابن كنانة، أو لا يشترط ويصح دفعهم من أموالهم. قاله أشهب أيضًا في ذلك قولان.

قوله: (وإن وجدها ناقصة في سوقها أو بدنها فله أخذها ولا يحط عنه شيء لنقصها).

يعني: كعمى الجارية اعورارها، وخلق الثوب، وما ذكره هو قول مالك في رواية مطرف.

قال اللخمي: ويتخرج على فوت العبد بالهرم في الرد بالعيب يفوت في الفلس.

---

(١) سقط من ب.

(٢) في ب: ثواؤها.

وإن وجدها زائدة في بدنها أو سوقها، فله أخذها إلى أن يضمن له الغرماء ثمنها.

ولو اقتضى بعض ثمنها، ثم أراد أخذها ردّ ما اقتضاه من ثمنها وأخذها، وليس له أن يأخذ بعضها بما بقي له من ثمنها. ولو باع المشتري بعضها وبقي عنده بعضها، لكان للبائع أخذ ما وجد منها بحسابه من ثمنها.

قوله: (وإن وجدها زائدة في بدنها أو سوقها فله أخذها إلا أن يضمن له الغرماء ثمنها).

ما ذكره مخصوص بكبر الصغير فإنه فوت.

قال اللخمي: وعلى عدمه في الرد بالعيب لا يفوت في الفلس.

واختلف في [فوت][1] الرد بالطحن، وعدم فوته فيه أبين ليسارته.

الباجي[2]: خلط القمح بقمح رديء فوت، واختار اللخمي أنه غير فوت وهما شريكان بقيمة الجيد والرديء، ولو عمل الزبد سمنًا والخشبة بابا أو ذبح الكبش فإنه فوت. قاله أصبغ.

قوله: (ولو اقتضى بعض ثمنها ثم أراد أخذها رد ما اقتضاه من ثمنها وأخذها وليس له أن يأخذ بعضها بما بقي له من ثمنها).

ما ذكره هو نص «الموطأ».

قوله: (ولو باع المشتري بعضها وبقي عنده بعضها لكان للبائع أخذ ما وجده منها بحسابه من ثمنها).

نص «الموطأ»: «ولو باع مشتريها بعضها فلبائعها أخذ ما وجده منها».

ففهمه الباجي على مثل ما ذكر الشيخ ابن زرقون، وهذا هو المشهور، وتأول ابن [رزق][3] ما في «الموطأ» على خلاف قول أبي الوليد، وإن البائع لا يأخذ ما وجد من

---

(١) في أ: قوة.

(٢) «المنتقى»(٥/ ٢٧٦).

(٣) في أ: زرقون.

فصل: في حكم من باع عبدين وقبض جزءًا من ثمنهما ثم أفلس المشتري بعد فوت أحدهما:

ومن باع عبدين بعشرين دينارًا فاقتضى من ثمنهما عشرة وباع المشتري أحدهما وبقي الآخر عنده ثم أفلس فأراد البائع أخذ العبد الباقي منهما، ردّ خمسة من العشرة التي اقتضاها وأخذه.

فصل: فيمن باع أمة فولدت عند المشتري الذي أفلس قبل دفع ثمنها وقد فاتت أو فات ولدها:

ولو باعه أمة فولدت عنده، ثم ماتت الأم وبقي الولد كان له أخذه بالثمن كله، ولو مات الولد وبقيت الأم أخذها بالثمن كله، ولم يوضع عنه لموت الولد شيء.

ولو باع الأم أو الولد كان له أخذ الباقي منهما بحسابه من الثمن.

السلع إلا برد كل ما قبض، قال: هو خلاف سماع ابن القاسم.

قوله: (ومن باع عبدين بعشرين دينارًا فاقتضى من ثمنهما عشرة، وباع المشتري أحدهما وبقي الآخر عنده ثم أفلس فأراد البائع أخذ العبد الباقي منهما رد خمسة من العشرة التي اقتضاها وأخذه).

هذا زيادة بيان لما فوقه وإلا فما ذكر قبله يغني عنه.

قوله: (ولو باعه أمة فولدت عنده ثم ماتت الأمة وبقي الولد كان له أخذه بالثمن كله، ولو مات الولد وبقيت الأم أخذها بالثمن كله ولم يوضع عنه لموت الولد شيء).

ما ذكره متفق عليه.

قوله: (ولو باع الأم أو الولد كان له أخذ الباقي منهما بحسابه من الثمن).

ظاهر قوله: «**كان له أخذ الباقي**» يقتضي أنه مخير فيما ذكر وفي أن يحاصص بجميع الثمن.

وما ذكره في فوت الأم هو أحد القولين:

وقيل: لا خيار له بل يأخذ الولد ويحاصص الغرماء بقيمة الأم، قاله مالك.

فصل: في حكم الدنانير والزيت إذا خلطها مشتريها، ثم أفلس قبل نقد ثمنها:

ومن ابتاع من رجل دنانير فخلطها في كيسه قبل أن ينقده ثمنها، ثم أفلس مبتاعها، فصاحب الدنانير أحق بمقدارها من سائر غرمائه.

وما ذكره في فوت الولد هو أحد الأقوال الثلاثة.

وقيل: ليس له أخذ الأم إلا بجميع الثمن، أو يترك ويحاصص الغرماء، قاله مالك وابن القاسم.

وقيل: إنه يأخذ الأم ويحاصص الغرماء بما وصل إليه من ثمن الولد.

قال ابن القاسم: وما أخذ في قتل أحدهما كثمنه.

قوله: (ومن ابتاع من رجل دنانير فخلطها في كيسه قبل أن ينقده ثمنها ثم أفلس مبتاعها فصاحب الدنانير [أحق][1] بمقدارها من سائر غرمائه).

يريد بقوله: «فخلطها» أي: ببينة لتصريحها بذلك في «كتاب المأذون».

وما ذكره هو قول مالك في رواية ابن وهب.

وقال أشهب: هو فيه أسوة الغرماء، وكلاهما فيها وظاهرها أنه لو لم تحضره بينة، فإنه لا تقام الشهادة عليها وهو كذلك؛ لأن خروجها من يد ربها باختياره بخلاف الاستحقاق لأنه بغير طوعه.

واختلف في المكيل والموزون بعد الغيبة عليه، فظاهر رواية محمد: أنه يعرف بعينه.

ونزلت بتونس وحكم فيها الشيخ القاضي أبو العباس ابن حيدرة فإنه لا يعرف بعينه [كذلك][2] فيمن ابتاعه متاعًا وفلس لقول «الرسالة»[3]: ومن وجد سلعته في التفليس فإما حاصص الغرماء وإلا أخذ سلعته إن كانت تعرف بعينها.

ولم يستحضر غيره مما يدل على ما ذكره.

---

(١) زيادة من ب.

(٢) في أ: ذلك .

(٣) «الرسالة »(ص/ ١٣٦).

ومن اشترى من رجل زيتًا فصبه في جراره، ثم أفلس قبل أن ينقده ثمنه فالبائع أحق بمكيلة زيته من غرمائه.

فصل: في السلعة توجد عند المبتاع بعد موته ولا وفاء في ماله:

وإذا مات المبتاع فوجد البائع سلعته عنده ولا وفاء في ماله فهو أسوة غرمائه وليس له إلى السلعة سبيل.

وتوقف فيها بعض شيوخنا[1] ثم زال وقفه لوقوفه على نص ابن رشد في «الأجوبة» بمثل ذلك فأفتى به في هذا كحكم القاضي - رحمه الله تعالى - لا في استحقاقه بما تقدم من التفريق.

قوله: (ومن اشترى من رجل زيتًا فصبه في جراره ثم أفلس قبل أن ينقده ثمنه فالبائع أحق بمكيلة زيته من سائر غرمائه).

يعني: إذا صبه على زيت في جراره ببينة.

وما ذكره هو فيها [2]عن مالك.

قال اللخمي: خلط زيت الزيتون بجنسه وأحدهما أجود غير فوت، وهما شريكان بقيمة ما لكل منهما.

قوله: (وإذا مات المبتاع فوجد البائع سلعته عنده ولا وفاء في ماله فهو أسوة الغرماء وليس له إلى السلعة سبيل).

يعني: إن ما تقدم إنما هو في الفلس، وأما في الموت فهو أسوة الغرماء، وهذا قولها، ولا أعرف في المذهب غيره، وهو مشكل؛ لأنه إذا كان الحكم في الفلس أنه أحق مع بقاء الذمة إلا [أنها][3] تغيبت خاصة فأحرى مع خرابها، وهو قول الشافعي وغيره أنه أحق فيها وعكسه لأبي حنيفة وغيره أيضًا، و[للقوم][4] احتجاج يطول عليه.

---

(١) «مختصر ابن عرفة» (١٠/ ٦٦).

(٢) «التهذيب» (٣/ ١٠٧).

(٣) في ب: أنهما.

(٤) في أ: للعموم.

وإذا أفلس المبتاع فوجد البائع سلعته عنده فحكم له فأخذها، فلم يقضها حتى مات مبتاعها فله أخذها بعد موته.

فصل: في ضمان مال المفلس:

وإذا جمع الحاكم مال المفلس لبيعه لغرمائه فتلف قبل بيعه، فعلى المفلس ضمانه، ودين الغرماء ثابت في ذمته ولو باع الحاكم ماله وقبض ثمنه ثم تلف الثمن قبل قبض الغرماء له كان عليهم ضمانه وقد برئ المفلس منه.

وقال محمد بن عبد الحكم: ضمان الثمن من المفلس دون الغرماء. وقال عبد الملك: إذا كان ماله ذهبًا أو ورقًا ودينه كذلك فتلف ماله بعد جمعه ونزعه فضمان الذهب ممن له عليه الذهب وضمان الورق ممن له عليه الورق.

قوله: (وإذا أفلس المبتاع فوجد البائع سلعته عنده فحكم له بها ويأخذها فلم يقبضها حتى مات مبتاعها فله أخذها بعد موته وإذا جمع الحاكم مال المفلس ليبيعه لغرمائه فتلف قبل بيعه فعلى المفلس ضمانه ودين الغرماء ثابت في ذمته ولو باع الحاكم ماله وقبض ثمنه ثم تلف الثمن قبل قبض الغرماء له كان عليهم ضمانه وقد برئ المفلس منه.

وقال محمد بن عبد الحكم: ضمان الثمن من المفلس دون الغرماء.

وقال عبد الملك: إذا كان ماله ذهبًا وورقًا ودينه كذلك فتلف ماله بعد جمعه ونزعه فضمان الذهب ممن له عليه ذهب، وضمان الورق ممن له عليه ورق).

تخصيص فرض المسألة بالفلس يدل على أنه لو كان ميتًا أنه لا يختلف في أن ذلك منهم وهذه طريقة الأكثر، ونقل ابن زرقون الخلاف فيهما وذكر الشيخ ثلاثة أقوال:

الأول: الفرق بين أن يتلف ماله قبل بيعه فمنه وبعده فمن الغرماء، وهذه رواية ابن القاسم، واختارها .

الثاني: من المفلس فيهما؛ لأنه إذا كان ضمان الثمن منه فأحرى أتلف ماله قبل بيعه.

وعزاه لمحمد بن عبد الحكم وهو قول مالك في رواية أشهب، وأخذ بها.

فصل: في السلعة إذا صنعت ثم أفلس ربها أو مات قبل دفع أجرتها:

ومن استؤجر على صنعة في سلعة فصنعها ثم أفلس رب السلعة فالصانع أحقّ بالسلعة حتى يقبض أجرته في فلس ربها وموته.

الثالث: قول عبد الملك وهو: أن ما لا يحتاج فيه إلى بيع فضمان الدنانير ممن كان دينه الدنانير، وضمان الدراهم تختص بضمانها ممن له الدراهم.

ودلَّ هذا الكلام لو تلفت السلع قبل بيعها فإن ضمانها من المفلس؛ لأنها إنما تباع على ملكه، وبهذا القول قال المغيرة وهو ظاهر قول ابن القاسم أيضًا وبقي عليه قولان آخران:

أحدهما: أنه من الغرماء مطلقًا عكس قول ابن عبد الحكم، وهو قول مالك في رواية ابن الماجشون، وأخذ بها هو وابن المواز.

الثاني: الفرق بين أن يكون مفلسًا فمنه، وإن كان ميتًا فمنهم. قاله أصبغ، فتحصل خمسة أقوال.

وتخصيص الشيخ فرض المسألة [بالحكم][(١)] يدل على أنه لو تناول ذلك الغرماء أو الورثة لكان ذلك من المديان بلا خلاف وهو كذلك.

قوله: (ومن استؤجر على صنعة في سلعة فصنعها ثم أفلس رب السلعة فالصانع أحق بالسلعة حتى يقبض أجرته في إفلاس ربها وموته).

ما ذكر أنه أحق في الفلس والموت هو قولها، وجميع الصناع أحق بما في أيديهم في الموت والفلس.

وظاهرها: لو دفع السلعة قبل قبضه أجرته فإنه لا يكون أحق، وهو كذلك باتفاق إن لم تكن عنده بينة ببقاء أجرته، وأما إن كانت عنده فإنه إنما دفعها له ليأتيه بأجرته فالمشهور كذلك.

ولأبي زيد عن ابن القاسم: يخير في المحاصة بأجرته أو تركها ويكون شريكًا بقيمة عمله.

---

(١) في ب: الحاكم.

فصل: في الزرع إذا مات مكتري الأرض أو أفلس قبل نقد أجرتها:

ومن أكترى أرضًا فزرعها، ثم مات أو أفلس قبل أن ينقد أجرتها فربّ الأرض أولى بالزرع من الغرماء حتى يستوفي كراءه.

فصل: في حكم دار يموت مكتريها أو يفلس قبل نهاية مدة الكراء دون أن ينقد أجرتها:

ومن استأجر دارًا سنة ولم ينقد أجرتها، وسكنها بعض السنة، ثم أفلس أو مات، فرب الدار أحق بما بقي من مدة الإجارة ويحاص غرماءه بأجرة ما مضى.

قوله: (ومن اكترى أرضًا فزرعها ثم مات أو أفلس قبل أن ينقد أجرتها فرب الأرض أحق بالزرع الذي فيها حتى يستوفي أجرتها).

ما ذكر هو قول ابن الماجشون وأصبغ، **وقيل:** هو أحق في الفلس دون الموت، وهو قولها.

قال المازري: وهو مذهب مالك وأصحابه.

واختار ابن عبد السلام مذهب الشافعي: أنه لا يكون أحق فيهما.

وظاهر كلام الشيخ: أنه أحق من الأجير الساقي، وهو كذلك، رواه ابن القاسم.

وقيل: الأجير مقدم عليه.

وروى أشهب: أنه [يتحاصان](١) وبه قال ابن الماجشون وأصبغ.

ولا خصوصية لما ذكرناه [من](٢) أجير السقي بل وكذلك أجير الخدمة.

قوله: (ومن استأجر دارًا سنة ولم ينقد أجرتها وسكنها بعض السنة ثم أفلس أو مات فرب الدار أحق بما بقي من مدة الإجارة، ويحاص غرماؤه بأجرة ما مضى).

لا مفهوم لقوله: «ثم أفلس» بل وكذلك الحكم في الموت أنه أحق على ظاهر رواية محمد.

---

(١) في ب: يتحاصون.

(٢) في أ: مع.

فصل: في راعي الغنم وحافظ المتاع إذا أفلس مستأجرهما:

ومن استؤجر على رعي غنم أو حفظ متاع، ثم أفلس مستأجره فالأجير أسوة غرمائه، ولا سبيل له إلى الغنم أو المتاع الذي استؤجر على حفظه.

وقال ابن رشد: إنما يكون أحق بها في المدة في الفلس لا في الموت.

قوله: (ومن استؤجر على [رعي غنم][1] أو متاع يحفظه ثم أفلس مستأجره فالأجير أسوة غرمائه ولا سبيل له على الغنم أو المتاع الذي استؤجر على حفظه).

لا خصوصية لما ذكره، بل وكذلك أجير الخدمة في بيتك أو على البيع في حانوتك [برًّا][2] أو غيره لتصريح محمد بذلك.

ويريد الشيخ: في الفلس والموت؛ لقولها[3]: أجير رعاية الإبل أو رحلتها أو علف الدابة أسوة في الموت والفلس وقيدها الشيخ عبد الجبار بن خالد بأن معناه: إذا كان يردها لمبيتها، وأما إن كانت باقية بيده ومنزله فهو أحق كالصانع.

وحملها شيخنا أبو مهدي - رحمه الله تعالى- على [إطلاقها][4].

والصواب الأول؛ لقول ابن يونس عن «الموازية»: من استؤجر على درس زرع ببقره فهو أولى بالأندر؛ لأنه لا ينقلب به ربه بخلاف صانع استعملته في حانوتك الليل انصرف .

وفيها: أرباب الدور والحوانيت فيما فيها من أمتعة أسوة الغرماء في الموت والفلس.

ابن رشد: اتفاقًا.

وهو قصور؛ لقول ابن يونس: هذا قول الجماعة إلا عبد الملك جعل الدور والحوانيت كالدواب.

---

(١) في ب: غنم يرعاها .

(٢) في ب: بزًّا .

(٣) «التهذيب» (٣/ ٦٤٣) .

(٤) في ب: إطلاقه .

فصل: في الصداق إذا أفلس الزوج أو مات:

وللمرأة أن تحاص غرماء زوجها إذ أفلس بصداقها في حياته، ولا تحاصهم بصداقها بعد وفاته قاله ابن القاسم.

وقال غيره: تحاصهم بصداقها في فلسه وموته.

فصل: في إقرار المفلس بدين بعد فلسه:

وإذا أقر المفلس بدين بعد فلسه لم يقبل ذلك على غرمائه ووجب ما أقرّ به في ذمته، فإن أفاد مالاً غير ما في يده قضى من ذلك المال ما أقر به.

وعَبَّرَ عنه المازري بابن الماجشون.

قوله: (وللمرأة أن تحاص غرماء زوجها إذا أفلس بصداقها في حياته ولا تحاصصهم بصداقها بعد وفاته. قاله ابن القاسم.

وقال غيره: تحاصصهم بصداقها في إفلاسه وموته).

وقيل: لا تحاصص فيهما؛ لأنها ليست بمعاوضة حقيقة، حكاه التلمساني.

وما ذكره الشيخ عن ابن القاسم غَلِطَ فيه؛ لقولها في «كتاب الزكاة الثاني» : «تحاصص بمهرها في الموت والفلس».

قوله: (وإذا أقر المفلس بدين بعد إفلاسه لم يقبل ذلك على غرمائه ووجب ما أقر به في ذمته، فإن أفاد مالاً غير ما [بقي][1] في يده قضى من ذلك المال ما أقر به).

ما ذكر مثله فيها .

ومعناه: إذا كان بعد طول من تفليسه، وأما إن كان عن قرب أو في المجلس فإنه يقبل لرواية محمد بذلك.

[ووجهه][2]: قوة التهمة في الأول دون الأخيرين؛ لأن من يعامل الناس فالغالب عليه أنه لا يحضر في ذهنه جميع ما لهم عليه إلا بعد تأمل وتفكر .

وهل هذا الذي ذكرناه سواء [كان الدَّيْن فلس بسببه][3] ببينة أو غيرها أو

---

(١) سقط من ب.

(٢) في ب: ووجهة .

(٣) في ب: كان الدين فلس بسفيه .

فصل: في المفلس والمديان في بيعهما وهبتهما وعتقهما وصدقتهما:

وبيع المفلس وابتياعه جائز على غرمائه إذا لم يحاب في بيعه وشرائه.

ولا تجوز هبته ولا عتقه ولا صدقته إلا بإذن غرمائه.

مخصوص بأن يكون بإقراره، ولو كان ببينة لم يقبل، وإن كان في المجلس قولان، وإلى الثاني ذهب محمد وحملوا قولها عليه.

وروى محمد: أن من أقر له المفلس إن كان يعلم إليه منه تقاض ومداينة وخلطت فإنه يحلف.

ويدخل في الحصاص مع من دينه ببينة، فيكون قولًا ثالثًا.

وظاهر كلام الشيخ: أنه لو أقر قبل التفليس فإن إقراره جائز، وهو كذلك فيها.

وقال ابن نافع: إقرار من تعين فلسه فإنه لا يجوز.

قال المتيطي: وهو خلاف ما فيها وغيرهما.

قوله: (**وبيع المفلس وابتياعه جائز على غرمائه إذا لم يحاب في بيعه وشرائه ولا تجوز هبته ولا عتقه ولا صدقته إلا بإذن غرمائه**).

يعني بما ذكر في غير المال الذي فلس فيه، وأما فيما حجر عليه فلا؛ لأنه لو كان يصح بيعه [وشراؤه][1] فيه لما كان للحجر عليه كبير فائدة.

وقال ابن الحاجب[2] في هذا القسم الأخير: وفي معاملته ثالثها: بالنقد لا بالنسيئة، ورابعها: بما يبقى لا بما يذهب.

ويعني بـ«النقد» أي: يشتري ما ينتقده لا ما يتأخر.

وفسر ابن عبد السلام ما يبقى كشرائه الربع.

وابن هارون بالمتاع والثياب بخلاف المنافع وما له بال من الطعام، وسكت عن ثبوت هذه الأقوال في المذهب وعدم ثبوتها.

---

(١) في أ: ويراه.

(٢) «جامع الأمهات» (ص/ ٥٧٠).

وكذلك المديان الذي لم يفلسه غرماؤه في عتقه، وهبته، وصدقته.

وقال ابن عبد السلام: لست على وثوق من نسبة هذه الأقوال للمذهب، بل رأيت من الحفاظ من ينكرها.

والثاني: منها هو الذي يعرف في المذهب ولأجل ذلك حجر عليه وإنما [حكاية][1] هذه الأقوال في مستغرق الذمة بالحرام والغصوب، على القول بأن حكمه حكم من أحاط الدَّين بماله لا حكم المفلس، وهو الأظهر.

ومنهم من رأى حكمه حكم المفلس، فمنع من معاملته مطلقًا.

قوله: (وكذلك المديان الذي لم يفلسه غرماؤه في عتقه وهبته وصدقته).

يعني: إذا أحاط الدَّين بماله لقولها في «كتاب العتق الأول»[2]: «ولا يجوز لمن أحاط الدَّين بماله عتق ولا صدقة ولا هبة، وإن كانت الديون التي عليه إلى أجل بعيد إلا بإذن غرمائه» فيدخل في قولها: [3] «الصداق»، به حكمت بجزيرة جربة.

وأخذ منها شيخنا أبو مهدي - رحمه الله تعالى -: أن من أحاط الدين بماله يجوز له أن يضحي كما نص عليه ابن رشد؛ لأنه إنما أبقى ما ذكر فقط، ومن حيث المعنى أن الغرماء عاملوه على ذلك، وأخذ غير واحد منها أن من عليه فوائت فإنه لا يتنقل.

ويرد: بأن الإجماع رد ما ترتب في ذمته من الدَّين على الفور، وفي الفوائت خلاف.

وذكرت هذا في «شرح الرسالة»[4] و «التهذيب» لما سمعت أن شيخنا أبا مهدي -رحمه الله تعالى- [رده][5] بما ذكرناه من الإجماع والاختلاف وأن بعض أصحابنا. وهو الفقيه أبو محمد عبد الله بن عبد السلام الباجي- عارضه بأن ما ذكرتموه واضح إذا حل الدين، وأما إذا لم يحل فلا ينهض فسكت.

---

(١) في ب: حكين.

(٢) «التهذيب» (٢/ ٤٨٣).

(٣) «التهذيب» (٢/ ٤٨٣).

(٤) «شرح الرسالة» (٢/ ٢١٩).

(٥) في أ: رددت.

فصل: في رهن المفلس وقضائه بعض غرمائه دون بعض:

وفي رهن المفلس روايتان:

إحداهما: جوازه.

والأخرى: منعه.

وليس له بعد الفلس أن يقضي بعض غرمائه دون بعض، وله ذلك قبل فلسه.

فصل فيمن أعتق عبده على مال فأفلس العبد قبل أدائه:

ومن أعتق عبده على مال، ثم أفلس العبد قبل أدائه لم يحاص السيد بدينه غرماءه.

قوله: (وفي رهن المفلس روايتان:

إحداهما: جوازه.

والأخرى: منعه).

الذي كان يقول بعدم جواز ه لم رجع [إلى الجواز][1] وكلاهما فيها كما ذكرناه؟

قوله: (وليس له بعد [الإفلاس][2] أن يقضي بعض غرمائه دون بعض، وله ذلك قبل إفلاسه).

الروايتان فيها أيضًا نص على ذلك فيها كما قلناه.

وظاهر كلام الشيخ: لو قضى بعض غرمائه حالة مشاورتهم في تفليسه أنه جائز وهو كذلك [عند][3] أصبغ.

وفي سماع عيسى تشاورهم كتفليسه.

قوله: (ومن أعتق عبده على مال ثم أفلس العبد قبل أدائه لم يحاص السيد بدينه غرمائه).

---

(١) سقط من أ .

(٢) في ب: التفليس .

(٣) سقط من أ .

فصل في الغرماء إذا أقرضوا رجلاً مالاً لإحياء زرع فأفلس:

ومن زرع زرعًا فأصابته جائحة فاستقرض من رجل مالاً فأنفقه عليه فلم يكفه، فاستقرض من آخر مالاً فأنفقه عليه أيضًا، ثم أفلس، فالثاني أحق بالزرع من الأول، ثم الأول أحق بما بقي من سائر غرمائه.

ما ذكره؛ بيّن لأن ذلك ليس بدين حقيقي ولا سيما إذا كان عند العبد مال حين عتقه فهو قادر على نزعه منه ولم يفعل.

وفيها[1]: «ولا بأس للسيد بمبايعة عبده المأذون ويضرب بدينه مع الغرماء، وكذلك يضرب بدينه مع مكاتبه من غير الكتابة ولا يضرب بالكتابة في فلس ولا موت.

وإن ارتد رجل ولحق بدار الحرب وعليه دَيْن ثم قاتل فَقُتِلَ وفتحت البلاد وظفر بماله فغرماؤه أحق بماله ولا يكون في المقاسم إلا ما فضل عن دينهم».

وأخذ منها المغربي: أن بيت المال إذا غنمه المشركون ثم يغنمه المسلمون أنه يخمس.

قلت: ووجه الأخذ أن المرتد إنما يرثه المسلمون ومع هذا فقد قال: «يكون للمقاسم ما فضل» فقد جعل ما يرثه المسلمون يخمس فيلزم في بيت المال، هكذا قرره لي شيخنا أبو مهدي - رحمه الله تعالى - لما أشكل عليّ كيفية الإقامة.

قوله: (ومن زرع زرعًا فأصابته جائحة فاستقرض من رجل مالًا فأنفقه عليه فلم يكفه فاستقرض من آخر مالًا فأنفقه أيضًا عليه ثم أفلس فالثاني أحق بالزرع من الأول ثم الأول أحق بما بقي من سائر غرماء المفلس).

ما ذكره هو أحد الأقوال الثلاثة.

وقيل: [أنهما][2] يتحاصان.

---

(١) «التهذيب» (٣/ ٦٤٥).

(٢) في أ: إنما.

فصل فيمن أفلس مرة بعد مرة:

ومن أفلس فانتزع غرماؤه ماله، ثم داين آخرين ثم أفلس مرة أخرى فالغرماء الآخرون أحق بماله من الأولين حتى يستوفوا حقوقهم، فإن فضل فضل فهو للأولين.

وهذا فيما حصل في يده من معاملة الآخرين. فأما ما ملكه بميراث أو هبة أو أرش جناية أو وصية، فإن الأولين والآخرين فيه أسوة الغرماء.

وقيل: يقدم الأكثر منهما، والثلاثة ذكرها اللخمي.

قوله: (**ومن أفلس فانتزع غرماؤه ماله [ثم داين آخرين]**(١) **ثم أفلس مرة أخرى فالغرماء الآخرون أحق بماله من الغرماء الأولين حتى يستوفوا حقوقهم، فإن فضلَ فضلٌ فهو للأولين وهذا فيما حصل في يده من معاملة الآخرين، وأما ما ملكه بميراث أو هبة أو أرش جناية أو وصية فإن الأولين والآخرين فيه سواء**).

في كلامه بترٌ، لأنه جعل فيها الربح كالفائدة يدخل فيه الجميع فجعله غير تابع [له](٢) لأصل المال ولو كان تابعًا له لم يدخل فيه الأولون، وكذلك من غصب مالًا فإن الربح يطيب له، وكذلك من تجر بالوديعة وخرج من هذا قول «زكاتها»(٣): «إن حول ربح المال حول أصله» ولا مناقضة، وإنما ذلك لتحقيق مناط، [وذلك](٤) أن الربح هنا إنما نشأ عن كسبه، والزكاة تبع للمال.

قوله: (**وإذا تجر العبد بغير إذن سيده فللسيد أن يسقط الدين عنه فإن لم يسقط عنه حتى عتق كان للغرماء أن يتبعوه به**).

في كلامه بترٌ؛ لقولها في «كتاب النكاح الأول»(٥): «وإن أبطله عنه السيد أو

---

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من ب.

(٣) «التهذيب» (١/ ٣٩٧).

(٤) في ب: وكذلك .

(٥) «التهذيب» (٢/ ١٦٩).

....

❋ ❋ ❋

السلطان قبل العتق لم يلزمه».

زاد في «كتاب المأذون»[١]: «لأن ذلك يعيبه».

فجعل إبطال السلطان كالسيد وكلام الشيخ لا يفي به، لكن اختلف في تأويله:

فتأوله المغربي: على غيبة السيد؛ لأنه [يذب][٢] عن مال الغائب.

وقال ابن عبد السلام: الظاهر أنه يطلب السيد منه ذلك لأن السلطان يتولى إسقاطه من غير طلب.

فعلى هذا لا اعتراض على الشيخ، وإنما قال ذلك فيها؛ لأن ذلك يعيبه مع أنه في حال الملكية غير مطالب فهو لا [يعيبه][٣] إذا أراد بيعه لوجهين:

أحدهما: أن إبقاءه في ذمته عيب، لقول ابن محرز: إن العبد الكثير الدَّين لا يجوز عتقه في الرقاب الواجبة. قاله شيخنا [حفظه الله تعالى.

والثاني: بأن عتق الذي لا دَيْن عليه يرغب فيه أكثر من الذي عليه الدين للولاء. قاله شيخنا][٤] أبو مهدي - رحمه الله تعالى.

❋ ❋ ❋

(١) «التهذيب» (٤/ ٦).

(٢) في أ: يذهب وما أثبتناه من ب.

(٣) في ب: يبيعه .

(٤) سقط من ب .

باب: المأذون

فصل: في إفلاس العبد:

وإذا تجر العبد بغير إذن سيده فللسيد أن يسقط الدين عنه، فإن لم يسقطه عنه حتى عتق، كان للغرماء أن يتبعوه به. وإذا تجر العبد بإذن سيده، ثم أفلس فدينه في ماله وذمته وغرماؤه أحق بماله من سيده ولا سبيل لهم على رقبته، ولا على سيده إلا أن يضمن الدين عنه فيلزمه غرمه بضمانه. وإن داينه السيد فهو أسوة الغرماء.

باب: المأذون

قوله: (وإذا تجر العبد بإذن سيده ثم أفلس [فدينه][1] في ماله وذمته، وغرماؤه أحق بماله من سيده، ولا سبيل لهم على رقبته ولا على سيده إلا أن يضمن الدين عنه فيلزمه غرمه بضمانه).

قال فيها في «كتاب المأذون»[2]: «[لزم][3] ذمته ما داين الناس به من جميع أنواع التجارات؛ لأنه أقعده للناس ولا يدري الناس لأي أنواع التجارات أقعده، وأما إن أقعده ذا صنعة مثل قصار فلا يكون ذلك إذنًا في التجارة ولا في المداينة فيها».

قال بعض شيوخ عبد الحق: وظاهر قولها[4]: ولا يدري الناس أنه لو أشهر النوع الذي أجلسه له أنه يختص به، فلا يلزمه مما لم يؤذن له فيه لتحجيره عليه.

قوله: (وإن داينه السيد فهو أسوة الغرماء).

يريد إذا داينه بما يشبه لقولها[5]: «وإن ابتاع من [سيده سلعة بثمن كثير لا يشبه الثمن مما يعلم أنه توليج لسيده][6] فالغرماء أحق بما في يد العبد إلا أن يبيعه بيعًا

(١) في أ: بدينه.

(٢) «المدونة» (٤/ ٨٨)، و«التهذيب» (٤/ ٥).

(٣) في ب: له .

(٤) «التهذيب» (٤/ ٥)

(٥) «التهذيب» (٤/ ٨).

(٦) سقط من ب .

وإذا أقر العبد المفلس لسيده أو لغيره بِدَين له، لم يقبل إقراره على غرمائه إلا ببينة. فإن كان سيده تحمل له بذلك، فهو في مال السيد، وإن لم يكن تحمل له ذلك فهو في ذمته، وإن عتق يومًا أتبع به.

❋ ❋ ❋

يشبه البيع فهو يحاص به الغرماء».

وظاهرها: أنه لا يحاص السيد بشيء، وهو كذلك في أحد القولين.

وقال يحيى بن عمر: يحاص بقيمة سلعته لا بالمحاباة ونحوه للخمي.

قوله: (وإذا أقر العبد المفلس لسيده أو لغير سيده بدين لم يقبل إقراره على غرمائه إلا ببينة).

يجري فيه ما تقدم في الحر سواء فالموضع الذي يصح إقرار الحر فيه يصح إقرار العبد فيه، وما لا فلا.

واختلف إذا أقر بعد أن حجر سيده عليه بدين لأجنبي:

فأجاز ذلك ابن القاسم.

وقال ابن وهب: لا يجوز إقراره.

قال اللخمي: والأول أحسن؛ لأن العادة أن الناس لا يشهدون على مثل هذا، فلو رد إقراره ذهبت أموال الناس.

❋ ❋ ❋

باب: في الحجر والمُوَلَّى عليه

فصل فيمن يحجر عليهم:

ويحجر على الأصاغر حتى يبلغوا ويؤنس منهم الرشد. ويحجر على السفهاء من الأكابر وهم المبذرون لأموالهم.

باب: في الحجر[(١)] والمُوَلَّى عليه

قوله: (باب في الحجر:

قال: ويحجر على الأصاغر حتى يبلغوا ويؤنس رشدهم، [ويحجر][(٢)] على السفهاء من الأكابر وهم المبذرون لأموالهم).

ولا خصوصية [لما ذكره][(٣)] بل وكذلك المجنون يحجر عليه والمرتد يحجر عليه، ذكره القرافي في «الذخيرة»[(٤)].

ويريد الشيخ بقوله: «**وهم المبذرون لأموالهم**» أي: في المحرمات بحيث لا يرون عندها للمال شيئًا لقولها[(٥)]: «وصفة من يحجر عليه من الأحرار: أن يكون يبذر ماله سرفًا في لذاته من الشرب والفسق وغيرها».

وظاهرها: أنه لا يحجر عليه إذا كان يبذر ماله في المباح كأكل الكثير من الطيبات في المبيتات، وأحرى لو كان يبذره في وجوه البر، وحال الصغير إذا بلغ لا يخلو من ثلاثة أوجه:

إما أن يعلم سفهه أو رشده وحكمهما واضح.

وإما أن يكون مجهول الحال فهذا فيه قولان:

المشهور: أنه لا يكون رشيدًا بنفس البلوغ.

---

(١) قال ابن عرفة: «الحجر: صفة حكمية توجب منع موصوفها نفوذ تصرفه في الزائد على قوته أو تبرعه بماله». اهـ. «مختصر ابن عرفة» (١٠/ ٧٩).

(٢) سقط من ب.

(٣) في ب: لذكره.

(٤) «الذخيرة» (٤/ ٢٠٢).

(٥) «التهذيب» (٣/ ٦٣٢).

ولا يحجر على فاسق إذا كان مصلحًا لماله.

وروى زياد عن مالك: أنه يخرج رشيدًا وكلاهما تأول على قول «نكاحها الأول»(١): «وإذا بلغ الغلام فله أن يذهب حيث شاء».

فرده أبو محمد للمشهور، فقال: يريد بنفسه لا بماله.

[وتأوله](٢) غيره على الشاذ فقال: يريد بنفسه وماله.

قوله: (ولا يحجر على فاسق إذا كان مصلحًا لنفسه).

ظاهره: سواء كان الفسق مما يتعلق بالمال بكونه يشرب الخمر أم لا ككذبه، وهو كذلك في الثاني دون الأول لكونه يستعين بماله فيما لا يجوز، صَرَّحَ به اللخمي.

قال ابن حارث: وكلهم متفقون على أنه إن ظهرت منه جرحة في دينه وهو ممسك لماله أنه لا [حجر](٣) عليه.

وقَبِلَه المازري.

[وكذلك](٤) ابن رشد(٥) في سماع يحيى من «كتاب الصدقات» بعد أن قال: ذهب مطرف وابن الماجشون إلى أنه لا يخرج من الولاية إذا ذهب [شرب](٦) النبيذ المسكر وإن كان حسن النظر في ماله، وهو قول مالك وجميع علمائنا بالمدينة، وقاله ابن كنانة وابن حبيب، وقول ابن القاسم أظهر في القياس.

وقال ابن عبد السلام: ليس هناك اتفاق فإن ابن شعبان حكى في التحجير على الفاسق لأجل فسقه قولين.

قال بعض شيوخنا(٧): وما ذكره عنه ليس في «الزاهي» وإنما فيه: الحجر على

---

(١) «التهذيب» (٢/ ١٣٥).

(٢) في ب: وتأول .

(٣) في ب : يحجر .

(٤) في ب: وكذا .

(٥) «البيان» (١٤/ ٢١) .

(٦) سقط من الأصل ، استدركته من «البيان» .

(٧) «مختصر ابن عرفة» (١٠/ ٩٠).

ولا يجوز للمرأة ذات الزوج أن تتصرف بهبة ولا عتق ولا صدقة بأكثر من ثلثها إلا بإذن زوجها.

البالغ بوجهين: بإنفاق ماله في غير الطاعة، أو قلة حفظه وتضييعه.

ولم ينقله المازري [ولا اللخمي][1] مع كثرة نقل اللخمي عنه غرائب أنقاله.

قوله: (ولا يجوز للمرأة ذات الزوج أن تهب ولا تعتق ولا تتصدق بأكثر من [ثلث مالها][2] إلا بإذن زوجها).

ما ذكره هو قول مالك وجميع أصحابه.

وقال الشافعي وغيره بجوازه.

وشهدت على امرأة بالقيروان بتعمير ربعها ورده الزوج فورًا، وزعم أنه لا مال لها غيره إلا نذرًا يسيرًا، والذي يتبادر للذهن أن له مُتَكَلَّمًا في ذلك إن ثبت ما [ذكروا][3]، وإن كان ما لها بخلاف ما ذكر فإنه يُقَوَّم كراء الربع على غرر [البعض][4] على تقدير جوازه، فإن كان مقدار ثلث مالها جاز، وإن كان أكثر فللزوج رد ما فعلت.

واختلف إذا أعتقت ثلث عبدٍ لا تملك غيره فقال ابن القاسم وابن أبي حازم: إنه ماض.

وقال ابن الماجشون: هو مردود.

وظاهر كلام الشيخ: التعميم في الأزواج والزوجات، وهو كذلك عند مالك وأصبغ.

وقال ابن وهب في عبد تحته حرة: ليس له منعها من أن تتصدق من مالها كله.

وظاهر كلامه أيضًا: أن تصرفها في الثلث جائز، وإن قصدت به الضرر.

وهو كذلك عند ابن القاسم وأصبغ، وبه حكمت [في باجة][5] بجربة.

(١) في ب: وللخمي.

(٢) في ب: ثلثها.

(٣) في ب: ذكره.

(٤) في ب: المعمر.

(٥) سقط من ب.

فإن تصدقت بأكثر من ثلثها فزوجها بالخيار في إجازة ما زاد على الثلث من صدقتها أو رده.

وقد قيل: له رد صدقتها كلها إذا زادت على ثلثها، ولا بأس ببيع المرأة ذات الزوج وشرائها ما لم تحاب في ذلك، وليس لزوجها منعهامن بيعها وشرائها.

وقال مالك: إنه يرد.

وقيل: إن ضارّت بالثلث ردّ، وإن ضارت بأقل لم يردّ.

قوله: (**فإن تصدقت بأكثر من ثلثها فزوجها بالخيار في إجازة ما زاد على الثلث من صدقتها أو رده.**

وقد قيل له: رد صدقتها كلها إذا زادت على ثلثها).

القول الأول هو قول المغيرة، **والثاني** هو قول ابن نافع.

وإنما قلنا ذلك لأن ظاهر نقله له وإن كان المزيد يسيرًا كالدينار ونحوه، ولا يعرف هذا إلا لابن نافع.

وبقي عليه قول ابن القاسم: إن الزيادة المذكورة لا تضر؛ لأنه يعلم أنه لم يرد به الضرر، صَرَّحَ بما ذكرناه فيها في «كتاب الحمالة » ولم يعز ابن رشد القول الأول إلا لعبد العزيز بن [أبي][1] سلمة، وهو قصور، إذ هو قول المغيرة فيها.

ابن يونس: ورواه ابن الماجشون في الصدقة، وفي «العتق» يرد جميعه لئلا يعتق بعض عبد، وبه قال ابن حبيب.

فتحصل في المسألة أربعة أقوال.

قوله: (**ولا بأس ببيع [المرأة][2] ذات الزوج وشرائها إذا لم تحاب في ذلك**).

ما ذكره هو قولها في «كتاب الحمالة».

قوله: (**وليس لزوجها منعها من بيعها وشرائها**).

لما تكلم على الجواز تكلم الآن على ما هو أخص وهو: أنه ليس للزوج منعها من ذلك.

---

(١) سقط من أ .

(٢) سقط من ب.

وإذا وهبت أو تصدقت بأكثر من ثلثها ولم يعلم بذلك زوجها حتى طلقها أو مات عنها نفذ فعلها.

وكذلك العبد إذا وهب أو تصدق ولم يعلم السيد بذلك حتى أعتقه، نفذ فعله ولم يرد بعد عتقه.

ولا يقال: الجواز يستلزم ما ذكره فهو تأكيد؛ لأنه لا خلاف أن المقدم [في][1] غسل الزوجين أحدهما مع [أن][2] القضاء به فيه خلاف.

وهذه المسألة هي فيها في «كتاب المديان»، وزاد: وله منعها من الخروج - يعني: للتجارة وما أشبهها بخلاف زيارة أبويها أو شهود جنازتهما أو خروجها للمساجد.

قال المغربي: ويقوم منها أنه لا يغلق عليها الباب، وهو منصوص عليه بذلك في «المجموعة» في «الوصايا».

قلت: فيجوز للشهود أن يشهدوا عليها ولها في غيبة زوجها.

ووقعت بتونس، وقال الزوج: كيف يجوز هذا ولم أحضر؟

فقيل له: إنه جائز وهذا بيّن إذا وقفت خلف باب الدار [وشهدوا][3] من خارجه.

وأما دخولهم للدار فالصواب عندي منعه؛ لأن من حجة الزوج أن يقول: لا أريد أن يتكشف أحد على داخل داري وما فيها، وهذه هي الواقعة بتونس.

قوله: (**وإذا وهبت المرأة أو تصدقت بأكثر من ثلثها ولم يعلم بذلك زوجها حتى طلقها أو مات عنها نفذ فعلها.**

وكذلك العبد إذا وهب أو تصدق ولم يعلم السيد بذلك حتى أعتقه نفذ فعله، ولم يرد بعد عتقه).

يريد: وكذلك إذا علم ولم يرد، ودل عليه كلام الشيخ من باب أحرى لأنه إذا كان

---

(١) سقط من أ.

(٢) سقط من ب.

(٣) في ب: الشهود.

فصل: في دين السفيه:

وإذا استدان السفيه دينًا بغير إذن وليه، لم يلزمه دينه في حال حجره ولا بعد فك حجره والدين ساقط عنه.

الحكم ما ذكره فيما إذا لم يعلم فأحرى إذا علم، والله أعلم.

وما ذكره قال فيه ابن يونس: أجمعوا عليه.

وهو قصور؛ لقول ابن رشد في رسم [«أعتق رجل»][١] من سماع ابن القاسم: هذا مشهور المذهب.

ولمحمد عن بعض أصحاب مالك: إن زالت العصمة والعبد بيدها فلها استرقاقه وهو على أن فعلها على الرد.

قوله: (وإذا استدان السفيه دينًا بغير إذن وليه لم يلزمه ذلك في حال حجره ولا بعد فك حجره والدين ساقط عليه).

يريد: إلا أن يصون به ماله فيلزم الدفع منه كما إذا أسلفه في عمارة منزله فيما يخاف خرابه وهدمه.

ونَصَّ عليه بذلك ابن عات وابن فتوح،وعزاه ابن سهل لمطرف وابن الماجشون وغيرهما.

وقال ابن رشد[٢]: إن أنفق ثمن ما باعه في ما لا بد له منه ففي إتباعه بذلك في ماله قولان.

فظاهره: أنه محمول على عدم التصوين حتى يثبت.

قال شيخنا - حفظه الله تعالى: وفي كلامه التصريح بذلك، ونازعني فيها صاحبنا أبو مهدي - رحمه الله تعالى ، وقال: إنما عندي في «نسخة ابن رشد» على العكس [تكلم فيها، [لما][٣] وقعت بتونس.

---

(١) في ب: اغتسل .

(٢) «البيان» (١٠/ ٤٥٣) .

(٣) سقط من أ .

وإن أذن ولي السفيه في التجارة في مال بعينه فاستدان دينًاوجب دينه في ماله ولم يجب عليه شيء في ذمته، فإن فضل الدين عن مالهم يتبع بالفضل في ذمته، وقال ابن القاسم: ولا شيء عليه في ماله ولا في ذمته.

فصل: في تصرف الوصي في مال الموصى عليه:

والوصي مصدق في نفقة اليتيم، وكذلك ولي السفيه مصدق في نفقته.

قوله: (وإذا أذن [الولي][1] للسفيه في التجارة في مال بعينه فاستدان دينًا وجب دينه في ماله، ولم يجب عليه شيء في ذمته فإن فضل الدين عن ماله لم يتبع بالفضل في ذمته وقال ابن القاسم: ولا شيء عليه في ماله ولا في ذمته).

[يعني:][2] ليختبره بذلك، وما ذكره هو قول غير ابن القاسم.

وقال ابن القاسم: لا يلزمه الدين فيما دفعه إليه ولا فيما أبقى لأنه لم يخرج من الولاية، وكلاهما فيها في «كتاب المديان».

وبقول ابن القاسم قال مالك، والقول الأول هو قول أشهب وابن الماجشون.

وفي المسألة قول ثالث للقابسي: وهو يلحقه [فيهما][3] بيده فيها عومل فيه بنقد لا ما عومل فيه بدين إلا أن يكون [زيد][4] أكثر مما دفع له وليه فيكون حق الذي داينه في الزائد إن كان من معاملته إياه.

وتكلم الشيخ بعد الوقوع، وهل يجوز الدفع له من ماله ليختبره به؟ فيه خلافٌ والصحيح جوازه، وكذلك الخلاف في الصغير إذا عقل التجارة.

وإذا جمعت الفرعين تحصل ثلاثة أقوال: يجوز في السفيه بخلاف الصغير.

قوله: (والوصي مصدق فيما ذكر من نفقة اليتيم.

وكذلك ولي السفيه مصدق في نفقته).

---

(١) سقط من أ.

(٢) زيادة من ب.

(٣) في ب: فيما.

(٤) في ب: بيده.

فإذا بلغ اليتيم وادعى وصيه أنه قد رَدّ ماله إليه لم يصدق ولم يقبل قوله إلا ببينة تشهد له.

ظاهره: سواء كان في حضانته أو حضانة غيره، وهو كذلك عند الأبهري،واعتل بأنه لو كلف البينة على ذلك لشق عليه إذا كان يحتاج أن يشهد على درهم ودانق [وحبة][(١)]، وهذا من الأمر الموضوع عن الناس، ولذلك قال مالك: إن اللقطة تدفع لمن جاء بعلاماتها، وقوله ﷺ: «**البينة على المدعي**» إنما ذلك ادعى شيئًا في يد [غيره][(٢)]، وبه قال أحمد بن نصر من غير يمين تلزمه في دعوى الأيتام.

وقيل: لا يقبل قوله إذا كانوا في حضانة غيره، وهو قولها في «كتاب الوصايا الأول».

وظاهره: وإن كانت الأم فقيرة، وعلى هذا القول العمل.

وقيل: إذا كانت الأم فقيرة وهي [حاضنتهم][(٣)] وهم في عافية، [فيصدق الوصي][(٤)] للقرينة.

قوله: (**وإذا بلغ اليتيم فادعى وصيه أنه قد رد ماله إليه لم يصدق [الوصي][(٥)] ولم يقبل قوله إلا ببينة تشهد له**).

يعني: [ورشد][(٦)] وإنما لا يصدق لقوله تعالى: ﴿فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ فَأَشْهِدُوا عَلَيْهِمْ﴾ [النساء:٦] .

فقال مالك: لئلا تضمنوا، وصدقه ابن الماجشون وتأول الآية لئلا تحلفوا.

وظاهر كلام الشيخ: وإن قاموا عليه بعد طول من ترشيدهم، وهو كذلك.

---

(١) في أ: وجبت .

(٢) في أ: غريمه.

(٣) في أ: حاضنته .

(٤) في أ: فتصدق الوصية .

(٥) في ب: عليه .

(٦) في ب: ويرشد .

ولا بأس بالتجارة في مال اليتيم، ولا ضمان على الوصي في ذلك.

ولا بأس أن يخلط نفقة يتيمه بماله إذا كان الرفق في ذلك لليتيم، ولا يجوز أن يكون الرفق في ذلك للمولى.

وفي «**الموازية**»: إن طال الزمان كعشرين سنة يقيمون معه لا يطلبونه فالقول قوله مع يمينه.

وقول القاضي أبي بكر بن زرب: إن مقدار ثمانية أعوام كاف.

وقيل: إن الطول يرجع فيه إلى العرف، قاله ابن رشد.

فالمحصول أربعة أقوال.

وجعل خليل المشهور مقيدًا بعدم الطول ليس على عمومه.

وقال بعض شيوخنا: المعروف من المذهب عدم قبوله مطلقًا.

وهو مذهبها في «وصاياها»[(١)]، و«تضمين الصناع»[(٢)]، وما نسبه لها ليس بنص فيها، وإنما هو ظاهرها.

قوله: (**ولا بأس بالتجارة في مال اليتيم، ولا ضمان على الوصي في ذلك**).

وإنما قال: «**لا بأس**» نفي لما يتوهم، وإلا فهو المطلوب من غير إيجاب، ولا يعمل الوصي به قراضًا عند أشهب؛ لأنه كمن أَجَّرَ نفسه منه وهو لا يجوز له ذلك، وكما لا يبيع له سلعة من ماله، ومنهم من أجاز له ذلك، وأما دفعه لمن يعمل به قراضًا أو بضاعة فإنه جائز، وإن كان لا يودع إلا من ضرورة؛ لأن من الضرورة تنمية ماله.

قوله: (**ولا بأس أن يخلط الوصي نفقة يتيمه بماله إذا كان الرفق في ذلك لليتيم، ولا يجوز أن يكون الرفق في ذلك للوصي**).

يريد: وكذلك له أكله من ماله بغير خلط إذا كانت خدمته في ماله مقدارها فأكثر والوصي في ذلك وغيره سواء [فليتحفظ في ذلك][(٣)].

---

(١) «التهذيب» (٤/ ٣١٨).

(٢) «التهذيب» (٣/ ٤٠٢).

(٣) زيادة من ب .

وينبغي لولي اليتيم أن يوسع عليه في نفقته وكسوته بالمعروف على قدر حاله، ولا بأس بتأديبه.

قوله: (وينبغي لولي اليتيم أن يوسع عليه في نفقته وكسوته بالمعروف على قدر حاله).

الأقرب عندي حمل «ينبغي» على الوجوب؛ لأنه إن لم يفعل ذلك يلحقه الضرر، وخالفني بعض أصحابنا وحملها على بابها بأن لفظ التوسعة يقتضيه. **ويريد:** وكذلك ينفق في عرسه بقدر حاله وحال من تزوج، وقدر ماله، فإن خشي أن يتهم رفع إلى القاضي.

وَصَرَّحَ بما ذكرناه ابن كنانة في «المجموعة» وفي سماع أشهب ربما قال: له أن يشتري ما يلهو به.

قوله: (ولا بأس بتأديبه).

هذا أيضًا نفي لما يتوهم وإلا فهو الواجب بحسب ما يراه من زجر أو ما فوقه، ويؤدبه بعد البلوغ كما قبل البلوغ عند شيخنا أبي مهدي - رحمه الله تعالى .

ذكره في الأب ولا فرق.

وقال شيخنا- حفظه الله تعالى- فيه: ما لم يبلغ، وبه أقول؛ لقول «نكاحها الأول»[(١)]: «وإذا بلغ الغلام فله أن يذهب حيث شاء».

وعليه يحمل قول الشيخ لقول ابن عطية في «سورة الإنسان»[(٢)]: اليُتْمُ: صفة قبل البلوغ لقوله عليه الصلاة والسلام: «**لا يتم بعد [احتلام]**[(٣)] »[(٤)] وهو مصدّق، وفي أنه فعل ما أدّبه به، وكان شيخنا - حفظه الله تعالى - يحمل ذلك على عمومه.

ويقول: إذا طلب الأب من القاضي أدبه لموجب فعله [والولد][(٥)] يجحد ذلك

(١) «التهذيب»(٢/ ١٣٥).

(٢) «المحرر الوجيز »(٥/ ٤١٠).

(٣) في الأصل : «حلم» والمثبت نص أبي داود .

(٤) أخرجه أبو داود (٢٨٧٣) من حديث عليّ بن أبي طالب رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، وصححه الألباني .

(٥) في ب: والولي .

وينفق على أم اليتيم من ماله إذا كانت محتاجة، وتخرج الزكاة من ماله، وتخرج عنه زكاة الفطر من ماله، ويضحي عنه من ماله.

❁ ❁ ❁

فإنه يؤدبه بمجرد قوله.

وكنت أخالفه في ذلك ونقول: لا يؤدبه له إلا ببينة بخلاف ما يفعله هو فإنه لا يعرض له، وإن تشكى به الولد وجرت في [أحكام](١) كثيرة فكنت أُطَوِّلُ الكلام بينهما.

[ونندب](٢) الوالد أن يحلم عنه، فإن تمادى على قوله وتكلم الولد بين يدي بما يوجب أدبه [أدبته](٣) بذلك وإلا فلا.

قوله: (وينفق على أم اليتيم من ماله إذا كانت محتاجة).

لا خصوصية للأم بل وكذلك الأب، ويعني [إذا كان ماله يحمل نفقتها وتقدم الكلام، الخلاف إذا تعدد الأولاد هل نفقة الأبوين](٤) على الرؤوس أو على قدر الأموال.

قوله: (وتخرج الزكاة من ماله وتؤدى عنه زكاة الفطر ويضحى عنه من ماله).

ظاهره: وإن كان ماله عينًا وظاهره أيضًا من غير رفع إلى القاضي، وهو كذلك إذا كانت البلد لا يلي فيها حنفي، وأما في بلد يلي فيها فيلزمه الرفع إليه لئلا يضمنه ذلك؛ لأن أبا حنيفة يخالف في الصغار من المحاجير، وقال: لا زكاة عليهم في مالهم إذا كان مالهم عينًا، ووافق على ما عداه.

ويريد بقوله: (ويضحى عنه).

أي: على قدر ماله؛ لقول أشهب في يتيم عنده عشرون دينار :يضحى عنه بشاة بنصف دينار.

---

(١) في ب: أحكامي .

(٢) في ب: ونود .

(٣) في أ: أدبه .

(٤) سقط من أ .

فهرس الموضوعات

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

الموضوع

الموضوع	الصفحة

